

**ESTUDIOS DE PROGRESO**  
Fundación Alternativ**ss**

# **Libre circulación de personas y ciudadanía social: ¿cabe imponer barreras al turismo social?**

**Borja Suárez Corujo y Tomás de la Quadra-Salcedo Janini**

  
FUNDACIÓN  
**alternativ**ss****

---

## **Borja Suárez Corujo**

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la misma universidad. Entre sus publicaciones, destacan las monografías: La protección social en el Estado de las autonomías, Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores e Introducción al Derecho de la protección social, así como diversos artículos relacionados principalmente con el Derecho social comunitario, la protección social complementaria y la distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas.

## **Tomás de la Quadra-Salcedo Janini**

Doctor europeo en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y profesor titular de Derecho constitucional en la misma universidad. Entre sus publicaciones destacan los libros: Mercado nacional único y Constitución, que mereció el Premio de la Fundación M. Giménez Abad para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial, El sistema europeo de distribución de competencias, Unidad económica y descentralización política, Libre circulación de mercancías y control judicial en EE UU y en la Unión Europea, que mereció el Premio Europa de la Comunidad de Madrid, así como diversos artículos relacionados principalmente con el Derecho comunitario, el Estado autonómico y los derechos sociales.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas.

© Fundación Alternativas

© Borja Suárez Corujo y Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

ISBN: 978-84-92424-86-3

Depósito Legal: M-39456-2009

# Índice

<b>Resumen ejecutivo</b>	<b>5</b>
<b>1 Introducción</b>	<b>7</b>
<b>2 La libre circulación de personas y ciudadanía en el ámbito de la Unión Europea</b>	<b>10</b>
2.1 Preliminar	10
2.2 La libre circulación de personas en la Unión Europea: la más débil de las libertades comunitarias	11
2.3 El ¿derecho? de las personas sin ingresos mínimos de subsistencia a circular y residir libremente en el territorio de la Unión	13
2.4 Conclusión: ámbito de la Unión Europea	24
<b>3 Los derechos a la libre circulación y residencia en España</b>	<b>26</b>
3.1 Preliminar	26
3.2 Obstáculos indirectos en el acceso a prestaciones sociales: una práctica extendida en la realidad española	28
3.3 El artículo 139 CE, la proscripción constitucional de barreras a la libre circulación de personas y bienes	33
3.4 El artículo 14 CE, la proscripción de la diferencia injustificada	41
3.5 El artículo 19 CE, las garantías de libre elección de residencia y de libre circulación	42
3.6 Un aspecto colateral: la incidencia de los nuevos estatutos de autonomía en la exigencia de periodos temporales de residencia previa para poder acceder a las prestaciones sociales	43
3.7 Conclusión: ámbito español	44
<b>4 Conclusión</b>	<b>46</b>
<b>5 Bibliografía</b>	<b>48</b>



## Resumen ejecutivo

El desarrollo de políticas sociales avanzadas constituye uno de los rasgos de identidad de las sociedades europeas, así como una de las claves principales que han permitido que los países del viejo continente disfruten hoy de unos niveles de bienestar económico y social muy superiores a los de la inmensa mayoría de los países del mundo.

Sin embargo, todavía persisten restricciones al libre acceso a las prestaciones sociales. Estas restricciones son objeto de análisis en este trabajo, que se centra en dos sistemas políticos descentralizados: la Unión Europea y el Estado autonómico español.

Las restricciones impuestas son de dos tipos. Por un lado, aquellas que supeditan la efectiva circulación y residencia de los ciudadanos de un sistema político a la acreditación de recursos económicos; y, por otro, las que limitan la concesión de prestaciones sociales a las personas que cumplen ciertos requisitos, como la exigencia de efectiva residencia en un determinado ámbito territorial y, sobre todo, el cumplimiento de requisitos temporales de residencia previa en un territorio concreto.

En realidad, el fundamento de estas restricciones es el temor al denominado “turismo social” (*welfare shopping*), un miedo que responde a dos argumentos principales: el primero atañe a las dificultades financieras que podría provocar el reconocimiento de prestaciones sociales a personas procedentes de otras entidades político-territoriales, con el consiguiente riesgo de insostenibilidad para el sistema de protección social. Y el segundo argumento es la falta de legitimidad de estos individuos a la hora de solicitar prestaciones sociales por una doble razón: su inactividad económica, que supone que no contribuyen al sostenimiento financiero del sistema a través de cotizaciones sociales ni de impuestos; y su no pertenencia a la comunidad política en la que buscan amparo.

No resulta difícil rebatir jurídicamente tales argumentos. La habitual exigencia de requisitos de residencia para acceder a determinadas prestaciones sociales supone una cierta desvirtuación de la idea de ciudadanía que se opondría a las normas fundamentales que rigen los sistemas políticos correspondientes.

En este sentido, aunque el modelo de protección social de Estados Unidos no es el espejo en el que los europeos debemos mirarnos por ser, en general, menos protector que el europeo, sí deberíamos tener muy presente su concepción de ciudadanía. Una concepción de ciudadanía fuerte que implica la libertad de desplazamiento y fijación de residencia del ciudadano por todo el territorio nacional al margen de su situación de necesidad o pobreza, pero también la igualdad de trato respecto a los ciudadanos tradicionalmente residentes una vez que se ha fijado el domicilio en un determinado lugar.

Más allá de las implicaciones que tiene este planteamiento en el plano de la protección social, la consecución de una ciudadanía fuerte al estilo norteamericano tendría importantes consecuencias en el ámbito europeo y en el español. En aquel, porque en unos tiempos de cierta desafección de los ciudadanos respecto al proyecto de integración europeo, esa idea de ciudadanía permitiría, quizás, revertir esa tendencia. Y en el español, porque contribuiría a ajustar el modelo de protección social al modelo de organización político-territorial, reforzando con ello la cohesión social y el Estado de bienestar.

---

*“The basis for receiving most of the relief is residence. But it is impossible for the migrant to accomplish the residence. He must move about the country. He could not stop long enough to establish residence or he would starve to death”*

**John Steinbeck, *Harvest gypsies***

1

## Introducción

El desarrollo de políticas sociales avanzadas constituye uno de los rasgos de identidad de las sociedades europeas y, entre ellas, de la española, así como una de las claves principales que ha permitido que los países del viejo continente disfruten hoy de unos niveles de bienestar económico y social muy superiores a los de la inmensa mayoría de los países del mundo.

Este protagonismo notorio de las políticas sociales refleja el convencimiento (o la resignada asunción, en función de la ubicación ideológica) de que este tipo de políticas son un instrumento adecuado para la promoción del bienestar de la población y una pieza imprescindible para lograr una mayor cohesión social.

En un plano jurídico-político, el asentamiento de este modelo social se traduce en la configuración de una ciudadanía (social) plena en torno a tres ejes fundamentales: inclusión, pluralismo y participación. De estas tres caras o dimensiones de la ciudadanía, a efectos de este trabajo, interesa destacar las dos primeras.

Así, por un lado, la ciudadanía inclusiva supone que todos, por el hecho de ser ciudadanos, disfrutamos de un nivel adecuado de bienestar y de las mismas oportunidades; desde el convencimiento de que la plenitud de derechos nos hace más iguales y, al tiempo, más libres. Y, por otro lado, la dimensión plural hace referencia al encaje de esa idea de ciudadanía en el marco de una organización del poder territorial descentralizada, entendida en este caso como un valioso instrumento de desarrollo socioeconómico, riqueza y bienestar social.

La exigencia de requisitos de residencia que dificulten el acceso a las prestaciones sociales supone, desde luego, un obstáculo a la libertad de circulación de las personas entre distintos territorios; pero también una desvirtuación de esa idea de ciudadanía que puede chocar con el ordenamiento jurídico.

Una de las manifestaciones fundamentales ligadas al concepto de ciudadanía es la facultad de circular libremente por el espacio de la entidad territorial a la que un ciudadano concreto pertenece. Tradicionalmente, esta libertad de circulación se ha vinculado a su dimensión económica y a sus implicaciones en ese ámbito. Pero, en realidad, tan importante como la anterior es su dimensión social. En este sentido, el análisis de la libertad de circulación de las personas y cómo se ve afectada la atención de sus necesidades sociales ofrece una perspectiva privilegiada para valorar la plenitud del concepto de ciudadanía.

Lo cierto es que, hoy en día, los principales obstáculos impuestos a la libre circulación de personas dentro del territorio de una “entidad política regional” con rasgos “cuasi federales” (la Unión Europea) o de un estado compuesto (España, en este caso) tienen que ver con el acceso y el disfrute de la protección social.

En realidad, el fundamento de estas restricciones a la libre circulación de personas es el temor al denominado “turismo social” (*welfare shopping*), un miedo que responde a dos argumentos principales: de un lado, las dificultades financieras, con el consiguiente riesgo de insostenibilidad para el sistema, que el reconocimiento de prestaciones sociales a personas procedentes de otras entidades político-territoriales podría provocar. Y, de otro, la falta de legitimidad de estos individuos a la hora de solicitar prestaciones sociales por una doble razón: su inactividad económica, que supone que no contribuyen al sostenimiento financiero del sistema a través de cotizaciones sociales ni de impuestos; y su no pertenencia a la comunidad política en la que buscan amparo.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de un desarrollo posterior, no resulta difícil rebatir tales argumentos. En primer lugar, el miedo a una afluencia masiva de personas inactivas, potenciales beneficiarios de las prestaciones sociales de un sistema nacional, que produzca un desequilibrio financiero, parece más teórico que real; no hay constancia de que situaciones de este estilo se hayan producido en EE UU, la experiencia federal con más tradición, que cuenta con una movilidad interestatal de sus ciudadanos mucho mayor que la europea. Y, en segundo lugar, la supuesta falta de legitimidad no es más que una auténtica crisis de solidaridad, en la medida en que se evita proteger a personas sin recursos económicos que, por tal razón, solicitan prestaciones sociales que les permitan hacer frente a situaciones de necesidad. En definitiva, se condena a estas personas a la miseria sobre la única base accidental del lugar de nacimiento (Kymlicka).

El análisis de esta cuestión se circunscribe a dos ámbitos: el de la Unión Europea y el de España, sin perjuicio de referencias puntuales a EE UU. El rasgo común a todos ellos es que se trata de entidades políticamente descentralizadas que, como tales, se enfrentan al reto de integrar las acciones protectoras desarrolladas desde las respectivas “subentidades” que las componen.

Situaciones similares que, no obstante, tienen un origen distinto. En el caso de la Unión Europea, esta confluencia de acciones de protección social se produce en el marco de un proceso de integración en el que, en última instancia, el desafío consiste en cómo se logra crear una categoría supranacional de ciudadanía, sin poner en cuestión el papel de los estados miembros. Por su parte, el escenario español es muy diferente, pues está condicionado por un proceso de descentralización, de forma que el reto que se plantea es cómo hacer compatibles las políticas sociales de las comunidades autónomas con el estatus de ciudadanía estatal.

En definitiva, se trata de valorar el “estado”, la plenitud, de la ciudadanía social en la Unión Europea y en España a través del análisis de la garantía de una de las libertades fundamentales de cualquier ciudadano, como es la de circular por el territorio. Para ello resulta muy útil y esclarecedor el estudio de la experiencia de un modelo federal como el estadounidense donde el fenómeno, y la aceptación, del denominado “turismo social” tiene una larga tradición.

# Libre circulación de personas y ciudadanía en el ámbito de la Unión Europea

## 2.1 Preliminar

La “cuestión social” ha ganado indudable protagonismo en el proceso de construcción europea en los últimos años. Ello se debe, en parte, a los tímidos avances que se han producido en esta materia; pero, sobre todo, a los problemas que su escasa presencia en el citado proceso ha generado. Como es bien sabido, los focos de la opinión pública apuntaron a esa vertiente social con ocasión del “no” francés (y en menor medida del “no” neerlandés) al proyecto de Tratado constitucional; sin entrar ahora en más disquisiciones, se denunciaba entonces la relegación de lo social en el proyecto europeo ante la omnipotente presencia de lo económico.

Uno de los aspectos más interesantes y relevantes de la crisis de la Unión Europea en los últimos años es que la negativa de los Estados a armonizar sus legislaciones sociolaborales se ha convertido en un obstáculo para la integración; un obstáculo cuyo tamaño, además, ha aumentado como consecuencia de la ampliación de la Unión y de la incorporación de nuevos Estados con unos niveles de protección sociolaboral muy inferiores a la media de los antiguos miembros.

Ante esta situación, y dado que los Estados miembros no parecen dispuestos a apoyar un impulso armonizador de sus legislaciones sociolaborales, cabría preguntarse si ello significa que el Derecho comunitario es irrelevante en esta materia. A primera vista, la respuesta parecería afirmativa. Sin embargo, la capacidad de incidencia y la incidencia efectiva de la legislación comunitaria es muy importante, por mucho que se produzca de forma indirecta a través de la articulación de la libertad de circulación de personas.

La creación de un mercado interior, más allá de sus implicaciones económicas, exige la libre circulación de trabajadores, entendidos como capital humano. Pues bien, como refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la protección de esta libertad de circulación se ha ido extendiendo desde una noción estricta

de trabajador hasta un concepto mucho más amplio que da cabida a personas que no realizan una actividad económica. Tal debe ser el punto de partida de este trabajo por su conexión con la idea de ciudadanía y, en particular, con la dimensión social de esta.

## **2.2 La libre circulación de personas en la Unión Europea: la más débil de las libertades comunitarias**

El artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) ha permitido eliminar las barreras a la construcción de un mercado interior plenamente integrado y ha servido de base jurídica para la actuación de la Unión Europea en campos tan diversos como el medio ambiente o la propiedad intelectual. Sin embargo, el apartado dos del mismo artículo veta este tipo de actuaciones armonizadoras respecto a la libre circulación de personas y al ámbito sociolaboral, lo que conduce a la utilización en estos casos de títulos competenciales específicos que dan lugar a una intervención comunitaria mucho más modesta y, en consecuencia, menos integradora. El resultado es que este marco normativo ha provocado una atrofia de la competencia legislativa en materia sociolaboral, en general; y, de forma específica, un frenazo en el desarrollo de una de las grandes libertades comunitarias, la relativa a la circulación de personas. El contraste con los esfuerzos realizados en aras de una libre prestación de servicios más plena (la Directiva de servicios es un reciente y significativo ejemplo) es evidente.

La concepción economicista que marca los orígenes del proceso de construcción europea se manifiesta en la caracterización de aquella de las grandes libertades más ligada a los ciudadanos como personas; la libre circulación de trabajadores, consagrada hoy en el artículo 39 TCE, concierne a uno de los factores de producción, el factor trabajo, y así era lógico que fuera entendida. El derecho a circular se limitaba a las personas activas económicamente.

El Tratado de Maastricht incorpora una importante novedad: el reconocimiento de la ciudadanía de la Unión (art. 18 TCE). Sin embargo, el nuevo estatus nació condicionado por el mencionado tinte economicista primigenio, lo que limitaba sobremanera su traslación al ámbito social. Hasta ese momento (en realidad, todavía hoy) sólo se habían dado pasos hacia la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (en realidad, sistemas de protección social pública de los trabajadores).

Este nuevo estatus, unido a la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE), va a servir para ampliar el ámbito subjetivo de esa libertad de circulación, más allá de los trabajadores en sentido estricto.

Estos asideros van a ser utilizados por el TJCE, a partir de ese momento y hasta la fecha, para promover una interpretación de la libertad de circulación de las personas más ambiciosa, puesto que incorpora, siquiera parcialmente, una dimensión social junto con la omnipresente dimensión económica. De este modo, la labor del Tribunal va a contribuir a la progresiva consolidación del concepto de ciudadanía europea, algo para lo que todavía queda mucho camino por recorrer.

En efecto, por paradójico que pueda parecer, gran parte de los avances que se han producido en materia social han venido de la mano de medidas dirigidas a eliminar restricciones que afectan a la libertad de circulación de las personas y a su dimensión más económica. En este punto debemos distinguir, siguiendo los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros, dos esferas de la protección social: Seguridad Social y asistencia social (o, si se prefiere, acción social asistencial).

Como veremos, cada una de ellas recibe un tratamiento diferenciado, si bien tienen en común tres aspectos: primero, que todas las medidas impulsadas desde el ámbito comunitario desempeñan un papel instrumental para hacer efectiva la libertad de circulación de las personas; segundo, que a la hora de interpretar el contenido normativo y explicar los cambios de esta naturaleza producidos en los últimos dieciséis años resulta decisivo el reconocimiento de una ciudadanía de la Unión por el Tratado de Maastricht; y tercero, que, sin embargo, en ambos casos se mantienen de forma deliberada restricciones a dicha libertad que afectan a personas inactivas económicamente o sin recursos, es decir, a los ciudadanos más desfavorecidos.

En tanto fórmula más avanzada dentro de la esfera de la protección social, no debe sorprender que el Derecho comunitario preste atención singular a la Seguridad Social. En concreto, es clave el artículo 42 TCE (48 según el Tratado de Lisboa), en el que se prevé la adopción de las medidas necesarias para garantizar que la protección dispensada por los sistemas nacionales de Seguridad Social no entorpezca la libre circulación de trabajadores. Aunque en realidad los beneficiarios no son sólo trabajadores, sí es cierto que la protección gira en torno a los que actualmente lo son o lo han sido en el pasado. En todo caso, este precepto da lugar a una norma de coordinación de las legislaciones nacionales sobre Seguridad Social: el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>1</sup>.

Por lo que se refiere al ámbito de la asistencia social, y sin ánimo de entrar en su delimitación conceptual frente a la Seguridad Social, hay que señalar que el Tratado omite toda referencia a ella. De tal manera que se hace más evidente, si cabe, que el Derecho derivado tiene, al menos en su origen, un carácter eminentemente instrumental de la libertad de circulación. La norma de referencia en este caso es de naturaleza armonizadora: se trata de la Directiva 2004/38, de 29 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Las próximas líneas se dedican al análisis de los obstáculos a la libertad de circulación de las personas (y, con ello, a la plenitud del concepto de ciudadanía de la Unión) que las dos normas mencionadas, Reglamento 883/2004 y Directiva 2004/38, contienen en su articulado, con la siguiente advertencia previa:

Esas restricciones afectan de un modo directo (y negativo) al concepto de ciudadanía de la Unión reconocido en el artículo 18 del TCE y, más en concreto, a su dimensión social,

---

<sup>1</sup> En realidad, aún se mantiene vigente el antiguo Reglamento 1408/71 en tanto no se apruebe la normativa necesaria para su aplicación.

en la medida en que el objetivo perseguido no es otro que el de entorpecer que los ciudadanos más desfavorecidos mejoren su calidad de vida en un Estado distinto al de su procedencia. Se trata de un planteamiento anclado en la idea de la Europa de las naciones y no en la de los ciudadanos, que olvida que la libertad de circulación de las personas constituye un derecho inseparable de la ciudadanía europea que conceptualmente niega la existencia de ese “turismo social”.

### **2.3 El ¿derecho? de las personas sin ingresos mínimos de subsistencia a circular y residir libremente en el territorio de la Unión**

#### **A) El Reglamento 883/2004 y la insuficiente coordinación de los sistemas de Seguridad Social: las prestaciones especiales no contributivas**

La preocupación por la dimensión económica de la libertad de circulación ha tenido desde hace décadas una implicación en el ámbito social de indudable trascendencia: la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Desde la entrada en vigor del Reglamento 1408/71 (vigente en tanto no se apruebe el reglamento que contenga las normas para la aplicación del Reglamento 883/2004 *ex art.* 89), se ha producido una coordinación de la protección dispensada por los sistemas de Seguridad Social de cada uno de los Estados miembros.

Ello ha servido sustancialmente para el apuntalamiento del carácter nacional de los respectivos sistemas, si bien es cierto que ha dado lugar también al establecimiento de una doble contrapartida: por un lado, se garantizan a los nacionales de terceros estados miembros iguales derechos que a los nacionales del Estado de acogida; y, por otro, se prevé el mantenimiento de derechos y posiciones jurídicas relativos a la Seguridad Social sin perjuicio del cambio de Estado de residencia.

Con todo, el resultado arrojado por este esfuerzo coordinador sigue siendo insatisfactorio. Tal insatisfacción reside, desde luego, en la falta de armonización o, de forma más precisa, en la inexistencia de una normativa comunitaria que garantice unos determinados parámetros de cobertura mínima; pero también en dos aspectos adicionales: la exclusión de la asistencia social del ámbito de aplicación del Reglamento de coordinación y las serias restricciones que sufren las así denominadas en el citado Reglamento “prestaciones especiales no contributivas”. En ambos casos se advierte la preocupación preferente por lo económico. El relativo a la asistencia social será objeto de tratamiento específico en el próximo apartado; ahora nuestra atención se centra en el segundo caso.

Dos son los rasgos que caracterizan a las prestaciones especiales no contributivas: primero, su objeto de protección coincide con los mismos riesgos de los que se ocupa cualquier sistema de Seguridad Social (invalidez, vejez, por ejemplo); y, segundo, su concesión no exige la previa realización de contribuciones por parte del beneficiario<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Véanse el artículo 70 del Reglamento 883/2004 y el artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71.

A estos dos rasgos se añade un tercero de naturaleza formal: el reconocimiento como prestaciones especiales no contributivas queda condicionado a la inclusión de las prestaciones de que se trate en un anexo del citado Reglamento. Interesa destacar esta exigencia con el fin de poner de manifiesto que, entre las prestaciones que España identifica como tales, sobresalen las pensiones no contributivas de Seguridad Social de invalidez y jubilación<sup>3</sup>. Como es sabido, se trata de pensiones que exigen para su disfrute, entre otros requisitos, la carencia de rentas o ingresos económicos suficientes; algo que condiciona decisivamente el colectivo de beneficiarios: por lo general, personas económicamente inactivas, en riesgo o situación de pobreza.

A partir de esta caracterización básica de las prestaciones especiales no contributivas en el ámbito comunitario y de la identificación como tales de las pensiones no contributivas en el ordenamiento español, nuestra atención ha de centrarse en un aspecto del régimen jurídico de este tipo de prestaciones estrechamente ligado a la libertad de circulación de las personas y a la dimensión social del concepto de ciudadanía de la Unión. Tal aspecto no es otro que las así denominadas “cláusulas de residencia”, cuya regulación puede constituir, como veremos, un obstáculo a ese derecho a la libre circulación de los beneficiarios de las citadas prestaciones.

Las cuestiones relacionadas con las cláusulas de residencia que han de ser objeto de análisis son la no exportabilidad y la exigencia de periodos de residencia previos. Tomamos como referencia los dos Reglamentos, el todavía vigente en la actualidad (Reglamento 1408/71) y el aprobado pero pendiente de entrada en vigor (Reglamento 883/2004), dadas las diferencias existentes en este punto entre ambas normativas.

- En relación con la primera cuestión, la **no exportabilidad de las prestaciones especiales no contributivas**, hay que recordar que la norma general es la prohibición de cláusulas de residencia, de manera que las prestaciones en metálico concedidas por un Estado no pueden sufrir “... ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora” (artículo 7 del Reglamento 883/2004). Sin embargo, el mismo artículo 7 del Reglamento 883/2004 da pie a que el artículo 70 prevea una importante excepción a ese principio de exportabilidad: las “prestaciones especiales no contributivas” (en nuestro caso, las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social) “... únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación”; y añade que tales “... prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”.

El TJCE no ha cuestionado esta excepción, siempre que ha apreciado una vinculación singular con el “entorno social”, algo que justificaría el requisito de residencia. Se ha dicho que con ello se especifica que la concesión de dichas

3 Se toman estas prestaciones como referente por el importante número de personas que disfrutan de ellas, 463.013 (264.182, vejez y 198.831, invalidez). Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración. El resto, pensiones asistenciales del Fondo Nacional de Asistencia Social (FAS) y prestaciones sociales y económicas derivadas de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), son prestaciones residuales.

prestaciones está basada en la solidaridad de la comunidad (Pennings), en este caso, nacional; o, de forma más genérica, en el esfuerzo realizado en un contexto socioeconómico concreto. En definitiva, la asunción por parte de la Comunidad de la responsabilidad de satisfacer situaciones urgentes de necesidad permite exigir, a juicio del Tribunal, una relación directa del beneficiario con aquélla, lo que en este caso se traduce en el cumplimiento de un requisito de residencia.

Esta posición puede ser aceptable en aquellos casos en los que la prestación condicionada a la residencia se dirige, por ejemplo, "... a cubrir ciertos gastos ocasionales por la reapertura del curso escolar de los menores" (STJCE 27 de septiembre de 1988, *Lenoir*). En este sentido, cabría admitir una interpretación restrictiva de la excepción, según la cual, la referencia al entorno social atiende a la voluntad de integración social en el ámbito geográfico en el que se concede la prestación.

Pero no debe irse más allá. De hecho, así lo ha apreciado el propio TJCE, al defender que la interpretación de esa vinculación con el entorno social debe ser restrictiva por mor de la libertad de circulación de personas y de la propia cohesión social: según la STJCE 18 diciembre 2007, *Habelt*, "permitir (...) al Estado miembro invocar motivos de integración en la vida social de este estado miembro para imponer una cláusula de residencia va directamente en contra del objetivo fundamental de la Unión que consiste en favorecer la circulación de personas dentro de la misma y su integración en la sociedad de otros estados miembros".

Por todo ello, hay que concluir que las limitaciones impuestas a la exportabilidad de las prestaciones especiales no contributivas deben ser mínimas, circunscritas a exigir una vinculación razonable con el estado que las concede. A lo que se añade como criterio adicional el recogido por la misma STJCE 18 diciembre 2007, *Habelt* (criterio ya apuntado en STJCE 28 de abril de 1998, *Kohll*), según la cual, la imposición de obstáculos a la libre circulación (en este caso, la restricción de la exportabilidad) como fórmula para evitar un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social exige que tal amenaza quede acreditada.

La dificultad estriba entonces en precisar qué supone en la práctica esa vinculación razonable con el Estado que concede la prestación. Para ello debemos dejar a un lado consideraciones estrictamente económicas y tener presente la estrecha vinculación entre la libertad de circulación y el reconocimiento de una auténtica ciudadanía con dimensión social. Esto se traduce en que el cambio de país de residencia del perceptor de una prestación especial no contributiva, que no en vano es una prestación del sistema de Seguridad Social, no debería implicar la pérdida de la citada prestación<sup>4</sup>. La condición de ciudadano lleva consigo, por un lado, una plena libertad de circulación que no debe verse obstaculizada y, por otro, que algún Estado atienda la situación de necesidad en la que se encuentran los perceptores de estas prestaciones.

4 Actualmente en España la conservación del derecho a prestaciones no contributivas exige el mantenimiento de la residencia en territorio español, admitiéndose como únicas salvedades las ausencias inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como aquellas motivadas por causa de enfermedad debidamente justificada.

Esto exigiría como resultado concreto que la prestación especial no contributiva (en este caso, la pensión no contributiva de la Seguridad Social) debería ser exportable y, por tanto, susceptible de ser percibida fuera del Estado español en tanto no sea posible tener acceso a una prestación en el nuevo Estado de residencia.

- La segunda cuestión controvertida se refiere a la posibilidad de **condicionar** el acceso a las **prestaciones especiales no contributivas** al cumplimiento de un determinado **periodo de residencia previo**. Aquí se produce cierta discrepancia entre el Reglamento 1408/71 y el Reglamento 883/2004. El primero, todavía vigente, establece en el apartado 2 del artículo 10 bis que la legislación de un Estado miembro que supedite el derecho a las prestaciones especiales no contributivas al cumplimiento (en lo que aquí importa) de periodos de residencia “... tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los periodos (...) de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de periodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro”. Esto supone algo tan relevante como la posibilidad de acceder a una prestación de este tipo sin satisfacer el periodo de residencia establecido por la legislación interna del país de acogida (por ejemplo, diez años en España para la pensión no contributiva de jubilación), siempre y cuando haya residido un tiempo equivalente en otro Estado miembro, y resida en el momento de la solicitud en el país que le ha de conceder la prestación.

Por su parte, el Reglamento 883/2004 omite toda referencia a este asunto, lo que podría interpretarse como la exclusión del criterio de cómputo de residencia expuesto. Sin embargo, no parece que sea así. El propio TJCE se ha opuesto a que un estado pueda imponer “... un requisito de residencia habitual en el que, además de la intención de residir en su territorio, implique la existencia de un periodo considerable de residencia” (STJCE 25 de febrero de 1999, *Swaddling*); esta es también la interpretación más coherente con la concepción que aquí se defiende de la ciudadanía de la Unión y su dimensión social.

El traslado de estas conclusiones al ámbito nacional (español) permite dos observaciones:

- El reconocimiento del derecho al disfrute de la prestación española no contributiva supone que, al margen de cuánto tiempo se haya residido en otros países, es el sistema español el que debe asumir íntegramente el coste derivado de la cuantía que corresponda conforme a la legislación nacional<sup>5</sup>.
- Ante una posible crítica que considere la medida como un estímulo al “turismo social”, hay que hacer notar que más bien estaríamos ante una manifestación de solidaridad supranacional de ámbito comunitario, que merece una

<sup>5</sup> El número de nacionales de países de la Unión Europea beneficiarios de pensiones no contributivas (de jubilación o de invalidez) es casi irrelevante: 1.542, lo que representa un 0,33% del total de beneficiarios y un coste aproximado de 513.486 euros (tal es el resultado de multiplicar el número de pensiones por la cuantía media de todas las pensiones no contributivas reconocidas). Fuente: IMSERSO (Ministerio de Educación, Política Social y Deportes).

valoración positiva en cuanto es un paso importante hacia una concepción más integral de la protección social a nivel comunitario.

### **B) La Directiva 2004/83/CE y la asistencia social: la exigencia de recursos suficientes como condición para el ejercicio del derecho de residencia**

Los antecedentes normativos de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 son un conjunto de iniciativas de Derecho derivado dictadas en dos periodos distintos: el que cubre los años sesenta y primeros años setenta; y el que abarca los años noventa. El primero está presidido por una concepción estrictamente economicista de la libre circulación de personas que, en tal sentido, se circunscribe a trabajadores en activo; el segundo supone una ampliación de los sujetos titulares de la citada libertad de circulación para incluir a personas inactivas económicamente, algo vinculado al reconocimiento de la ciudadanía europea por el Tratado de Maastricht.

En concreto, interesa analizar las condiciones de acceso a las prestaciones de naturaleza asistencial en el marco de la regulación de libertad de circulación de los nacionales de los Estados miembros de la Unión.

En la primera etapa mencionada, se establecía que sólo los trabajadores en activo tenían derecho a disfrutar de las prestaciones asistenciales (“ventajas sociales”) concedidas por otro Estado en los términos del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68. De este modo, la plena libertad de circulación de personas se configuraba como un derecho restringido a aquellos individuos que desarrollaban una actividad económica.

Afortunadamente, este planteamiento tan restrictivo fue corrigiéndose a partir de los años noventa gracias, en gran medida, a la jurisprudencia del TJCE que ha inspirado o impulsado la ampliación del número de individuos titulares de estas prestaciones asistenciales, incluyendo a sujetos que no realizan actividad económica alguna<sup>6</sup>. Y ello a través de la eliminación progresiva de las limitaciones y condiciones del ejercicio del derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros expresamente prevista por el artículo 18 TCE, junto con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 TCE). En definitiva, a través de un proceso de consolidación, aún no culminada, del concepto de ciudadanía europea.

El análisis del marco normativo vigente, la citada Directiva 2004/38/CE, pone de manifiesto que, pese a los avances impulsados por el TJCE, siguen existiendo serias restricciones a la libertad de circulación de personas, algo que, a nuestro juicio, afecta directamente a la idea de ciudadanía de la Unión y a su dimensión social. Aunque es cierto que el propio artículo 18 TCE prevé que el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que se reconoce a todo ciudadano de la Unión puede quedar sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las

<sup>6</sup> Véanse, entre otras, las SSTJCE 12 de mayo de 1998, Martínez Sala; 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk; 11 de julio de 2002, D’Hoop; 23 de marzo de 2004, Collins; 7 de septiembre de 2004, Trojani.

disposiciones adoptadas para su aplicación, consideramos que el Derecho derivado (la citada Directiva) “abusa” de esta habilitación, en la medida en que entorpece la consagración de una auténtica ciudadanía de la Unión.

Con carácter general, la Directiva 2004/38 identifica como beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia a cualquier ciudadano de la Unión y a los miembros de su familia, al margen de que realicen o no una actividad económica. Esta previsión, deudora como se apuntaba de la jurisprudencia del TJCE, tiene, sin embargo, dos importantes excepciones en las que se acogen los supuestos temores de los Estados al “turismo social”, haciendo aflorar una concepción economicista que desfigura la idea de ciudadanía.

#### • **Obstáculos directos a la libre circulación**

Junto con fórmulas que obstaculizan indirectamente el ejercicio de la libertad de circulación y de residencia, hay que mencionar dos restricciones directas de tal derecho que se aplican en los supuestos de residencia en otro Estado por un periodo de hasta tres meses (artículo 6, siempre de la Directiva 2004/38) y, sobre todo, en los de residencia en otro Estado por más de tres meses (artículo 7.1).

Invirtiendo el orden de exposición, y comenzando por el derecho de residencia en otro Estado miembro por un periodo superior a tres meses, el reconocimiento (y, como veremos, el mantenimiento) de tal derecho queda condicionado a la acreditación de recursos económicos a través de dos posibles vías: una, tener la condición de activo económicamente (como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia –en el sentido amplio que resulta del artículo 7.3–); y otra, disponer de una mínima solvencia económica.

De estos dos supuestos el que interesa es el segundo, en virtud del cual, las personas que no realizan una actividad económica no pueden residir más de tres meses en otro Estado miembro, salvo que cumplan dos requisitos:

- El primero, que disponga de “... recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su periodo de residencia...”. Surgen inmediatamente dudas en torno a la delimitación de la suficiencia de recursos.

Al respecto, el propio artículo 7.1 de la Directiva 2004/38/CE especifica que se trata de recursos suficientes “... para sí y los miembros de su familia...”. Pero es principalmente el artículo 8.4 el que precisa, aunque de forma confusa, algunos aspectos sobre el particular. Este precepto exige un análisis individualizado de la cuestión (se tendrá “... en cuenta la situación personal del interesado”) y prohíbe, con carácter general, que los Estados puedan “... establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran recursos suficientes”. Sin embargo, a continuación aporta algunos criterios orientativos que constituyen un mínimo que debe ser respetado, al margen de las particularidades personales de cada supuesto. Así, establece que el afectado cuenta con recursos suficientes si supera el nivel por

debajo del cual el Estado de acogida concede prestaciones de asistencia social a sus nacionales; y, en el caso de no ser posible la aplicación de este criterio, toma como referencia la cuantía de la pensión mínima de la Seguridad Social pagada por el Estado de acogida.

La cantidad finalmente exigida será, en todo caso, pequeña. Ello supone que el colectivo afectado por esta restricción también es poco numeroso; pero también, que los afectados por la restricción son personas que viven en la indigencia y se encuentran o están abocadas a la exclusión social.

Resulta sorprendente y decepcionante esta previsión del legislador comunitario. Primero, porque los afectados a quienes se impide acceder a la asistencia social son personas en situación de especial necesidad, y esta es una forma de denegarles derechos y atenciones. Y, segundo, porque difícilmente puede aceptarse la invocación del miedo al “turismo social” como fundamento de la medida restrictiva: si el colectivo es tan pequeño y en una situación tan precaria, no parece que la incidencia en el sistema de asistencia social pueda ser relevante desde un punto de vista financiero.

En este sentido, la supuesta amenaza de “turismo social” queda intacta, pues la restricción no afecta a los verdaderos protagonistas potenciales. Por lo tanto, el origen de la medida parece residir más en la estigmatización de la pobreza que en un auténtico temor al citado “turismo social”.

- El segundo requisito exigido a los inactivos económicamente para residir más de tres meses en otro Estado consiste en disponer de “... un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida...”, lo que, sin perjuicio de la regulación nacional del derecho a la atención sanitaria, constituye también un modo de limitar la afluencia de personas sin recursos.

Finalmente, y por si estas restricciones no fueran suficientes, también en el caso de residencia inferior a tres meses el derecho de residencia queda condicionado a que el ciudadano y los miembros de su familia “... no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida” (artículo 14). Se trata de una fórmula más ambigua que la anterior, en la medida en que se omite la alusión a recursos suficientes. No parece que ello tenga grandes consecuencias prácticas. Y, en todo caso, admite que los estados prevean la expulsión del nacional de otro Estado miembro como consecuencia automática del recurso al sistema de asistencia social; una posibilidad de la que han hecho uso hasta trece Estados miembros (entre otros, Alemania, Francia e Italia) y que resulta inaceptable, por cuanto constituye una estigmatización de la pobreza.

#### • **Obstáculos indirectos a la libre circulación**

Existen también otros modos más sutiles de restringir, o al menos condicionar, la libertad de circulación de los ciudadanos a través de fórmulas que persiguen la disuasión a través de la desprotección. Se trata de obstáculos indirectos como la

“habilitación” para desatender las necesidades básicas o la exigencia de un periodo previo de residencia.

- La “habilitación” a los Estados para desatender las necesidades básicas

Una forma de obstaculizar de modo indirecto el derecho a la libre circulación y el de residencia de aquellas personas económicamente inactivas (“... personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias...”) consiste en amparar al Estado de acogida que desatiende las necesidades básicas de individuos en situación de necesidad que residen en su territorio. En concreto, son dos las restricciones recogidas en el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE.

Una de ellas establece que, durante los tres primeros meses de residencia del ciudadano no nacional, las autoridades del estado de acogida pueden denegarle el acceso a las prestaciones de asistencia social. Es evidente que de este modo se desvirtúa nuevamente el reconocimiento que hace el artículo 6 del derecho de residencia por un periodo de tres meses sin más condiciones que el de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. Así, junto con la posible sanción en forma de expulsión directa por el recurso a la asistencia social, se contempla como alternativa o complemento la posibilidad de denegar el derecho a esa atención.

Lo cierto es que nos encontramos ante un tratamiento distinto por razón de la nacionalidad, algo que merecería la calificación de discriminatorio y que, por tanto, es contrario al artículo 12 TCE. Dicho de otro modo, se estaría excluyendo la asistencia social del ámbito de aplicación material del Tratado (y, en concreto, de ese artículo 12 TCE), lo que entra en flagrante contradicción con la doctrina del TJCE (STJCE 23 de marzo de 2004, *Collins*).

La segunda de las restricciones contenidas en el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE se prolonga mucho más en el tiempo, pues rige hasta la adquisición de la residencia permanente tras cinco años. Durante este tiempo el Estado de acogida no está obligado a conceder “... ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional...”. Ciertamente, la previsión sorprende por su cicatería, no sólo porque acepta la denegación de prestaciones muy básicas que se articulan para tratar de evitar situaciones de pobreza o de exclusión social, sino también porque el tipo de ayudas a las que se hace referencia reflejan un perfil potencialmente activo desde una perspectiva económica del solicitante (estudios, formación...).

El análisis anterior permite apreciar con nitidez que la regulación del derecho a la libre circulación y residencia se realiza con fuertes condicionamientos de carácter económico que desprecian su vinculación con una idea de ciudadanía plena, que necesariamente incluye una dimensión social.

Visto con cierta perspectiva temporal, no puede negarse que se han producido avances en la materia que han limitado la incidencia de implicaciones económicas en sentido estricto. Incluso cabría pensar que el temor al “turismo social” como causa justificativa de las restricciones persistentes queda hoy en día en un segundo plano. Y seguramente es así, pero no precisamente por el apuntalamiento de la idea de ciudadanía: las deficiencias de la libertad de circulación parecen responder, antes que a la preocupación por el equilibrio presupuestario, a una estigmatización del fenómeno de la pobreza.

El TJCE defiende, o al menos no cuestiona, la admisión de este tipo de limitaciones y condiciones (seguro de enfermedad y recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida). Pero admite que “... la aplicación de dichas limitaciones y condiciones 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” (SSTJCE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, y de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*).

Se trata, sin duda, de un matiz relevante que se enmarca en el esfuerzo del Tribunal por eliminar restricciones a los derechos a la libre circulación y de residencia, para así contribuir a la construcción de un concepto de ciudadanía. En este sentido, debe ser valorado positivamente. Con todo, una aplicación mínimamente estricta de esta doctrina habría exigido, más allá de ejercicios retóricos, la declaración de ilegalidad de algunas previsiones de la Directiva que cabe considerar discriminatorias por razón de la nacionalidad, tal y como hemos visto.

– La exigencia de un periodo previo de residencia

Otra forma indirecta de condicionar o desincentivar la libre circulación de personas, especialmente de aquellas sin recursos económicos, es la imposición de un requisito de residencia previa en el estado de destino para poder acceder a las prestaciones de naturaleza asistencial.

En general, puede afirmarse que el TJCE admite este tipo de exigencia, si bien se aprecian algunas restricciones relevantes (aunque, como veremos, todavía insuficientes) desde la STJCE, de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, y sobre todo de la STJCE, de 23 de marzo de 2004, *Collins*.

El punto de partida para el Tribunal es el reconocimiento de que tal requisito favorece a los nacionales propios (del Estado que reconoce las prestaciones), en la medida en que pueden cumplir ese requisito con mayor facilidad, pues lo habitual es que residan en él. Y admite, en consecuencia, que la medida perjudica a todos aquellos que han hecho uso del derecho a circular de un Estado a otro.

A partir de esta doble apreciación, el TJCE concluye que el requisito de una residencia previa durante un periodo determinado sólo estará justificado si se basa en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas; y si las condiciones exigidas son proporcionadas.

En el caso concreto planteado en la STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, el Tribunal considera legítimo que el legislador nacional (británico) desee garantizar la existencia de un vínculo real entre el solicitante de un subsidio para demandantes de empleo y el mercado geográfico laboral correspondiente. Por ello, estima que la exigencia de un requisito de residencia es, en principio, adecuada "... para garantizar el citado vínculo...", siempre que satisfaga además los dos condicionantes adicionales mencionados.

En relación con el primero (consideraciones objetivas), la sentencia señala que la aplicación del citado requisito por parte de las autoridades nacionales "... debe basarse en criterios claros y conocidos de antemano", y, junto con ello, "... debe existir un medio de impugnación jurisdiccional".

Respecto del segundo condicionante, la proporcionalidad y "razonabilidad" de la medida, la misma sentencia señala que "... para ser proporcionado no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo" que en este caso se concreta en "... que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida". Y se precisa aún más "... mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro afectado durante un periodo razonable".

Sin embargo, un pronunciamiento posterior, la STJCE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, parece ser más comprensivo con las reticencias a la hora de conceder prestaciones a los nacionales de otros Estados miembros. Aunque reconoce que el diseño de la asistencia social debe contemplar "... cierta solidaridad económica con los nacionales de otros estados miembros...", considera que los gobiernos deben tener capacidad para evitar que los nacionales de otros países de la Unión se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social. Así, admite la imposición por parte del Estado de la acreditación de "... cierto grado de integración en la sociedad...", un requisito que se concreta en este caso en la constatación de que el solicitante de la ayuda "... residió en el Estado miembro de acogida durante un periodo determinado".

Hasta este punto, la posición del TJCE en *Bidar* no varía en lo esencial respecto de la argumentación defendida en el asunto *Collins*. El problema es que en ese caso concreto no se aplica el test de proporcionalidad sobre la exigencia de un periodo previo de residencia que es de ¡tres años! Un lapso de tiempo que, a todas luces, parece desproporcionado, como se ha puesto de manifiesto en el repaso a la jurisprudencia norteamericana.

Más cercana a la línea marcada en *Collins* se sitúa la reciente STJCE de 22 de mayo de 2008, *Nerkowska*. La aportación de esta sentencia no reside tanto en su contenido, cuanto en el proceso lógico de razonamiento. Y es que el Tribunal parte de una consideración general "maximalista", según la cual, una normativa nacional que exige la residencia en el propio Estado para acceder a una prestación podría resultar contraria al artículo 18 TCE en la medida en que restringe la facultad de

circulación. Sólo a continuación matiza que tal restricción únicamente "... podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objeto legítimamente perseguido por el Derecho nacional".

En definitiva, la puerta sigue abierta a la exigencia de periodos de residencia previa para acceder a las prestaciones asistenciales. Algo que contrasta sobremanera con la solución adoptada en EE UU.

A modo de recapitulación, cabe señalar que la existencia y persistencia de obstáculos a la libre circulación de personas en el ámbito del acceso a prestaciones sociales merece una valoración crítica. Por un lado, se restringe la libertad de circulación de las personas sin recursos: a efectos de dicha circulación no se les considera ciudadanos europeos precisamente por la falta de recursos. Durísima conclusión que ha sido aceptada, o al menos no cuestionada como tal, por el TJCE.

Es cierto, por otro lado, que el TJCE intenta limitar los perjuicios derivados del ejercicio de la libertad de circulación en el acceso a prestaciones de asistencia social. Aunque no objeta la exigencia de un periodo previo de residencia, trata tímidamente de establecer algunos límites basados en la "razonabilidad" de la medida y en su proporcionalidad.

En relación con este asunto, el Tribunal parece encaminarse en buena dirección, pese a lo cual hay que señalar dos puntos críticos: primero, la incoherencia que supone que el TJCE admita sin más una restricción directa de la libertad de circulación (la imposibilidad de circular que afecta a las personas sin recursos) y que, en cambio, sea en el plano de la restricción indirecta (exigencia de residencia previa) comparativamente mucho más garantista. El segundo aspecto es que, pese a la anterior afirmación, la posición del Tribunal respecto de este tipo de exigencias sigue siendo muy timorata, muy condicionada por un hipotético miedo de los Estados al "turismo social". Por ello, no parece admisible (ni razonable, ni proporcionada) la exigencia de recursos económicos suficientes u otras garantías de que el ciudadano de otro país no va a convertirse en una carga para el Estado de acogida y su red de asistencia social.

En ese sentido, por mucho que este tipo de regulaciones pretendan justificarse por los problemas que generaría la extensión del "turismo social", constituyen, a nuestro juicio, una flagrante discriminación por razón del nivel de renta, algo inaceptable en una Europa ambiciosa, siquiera de forma mínima, en lo social. De ahí la necesaria invocación de la íntima conexión entre el derecho a la libre circulación y la configuración de una verdadera ciudadanía social.

- La transposición de la Directiva 2004/38 al ordenamiento español

La Directiva 2004/38/CE fue incorporada al ordenamiento español a través del Real Decreto 240/2007, 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. El análisis del contenido de esta norma revela que España ha optado por una regulación mucho más garantista, en la medida en que no se hace uso de la habilitación contenida en la Directiva para restringir el derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de otros Estados miembros. Así, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las legislaciones nacionales, la regulación española no prohíbe el acceso a la asistencia social durante los tres primeros meses de residencia, ni exige recursos suficientes (y seguro médico) para prolongar la residencia más allá de ese periodo de tiempo.

Dicho de otro modo, en la incorporación de la Directiva España (el Gobierno socialista en 2007) ha adoptado una postura mucho más ambiciosa que la plasmada en el texto de la norma comunitaria, evitando restricciones a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos. En este sentido, y frente a lo que ha sucedido en los casos británico y alemán (por poner dos ejemplos significativos)<sup>7</sup>, el Gobierno español no parece temer los perjuicios que el “turismo social” de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>8</sup> podría provocar. Y ello a pesar del importante número de ciudadanos comunitarios no españoles que residen en nuestro país: casi un 40% de los extranjeros residentes en España.

Podría llegar a pensarse que esto demuestra un inequívoco compromiso y vocación europeísta del Gobierno español a favor del proceso de construcción europea y, en concreto, de un concepto de ciudadanía comunitaria con contenido (no debe olvidarse el papel fundamental que desempeñó España y el entonces presidente Felipe González en la introducción del capítulo sobre Ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht en 1992). Pero, sin necesidad de ir tan lejos, lo que indiscutiblemente pone de manifiesto la regulación española es que el temor al “turismo social” no se justifica; ni siquiera cuando se repara en que el nivel de protección social en España es razonablemente alto si se compara con los países de incorporación más reciente a la Unión Europea.

## 2.4 Conclusión: ámbito de la Unión Europea

Tres reflexiones finales sirven para cerrar este apartado:

- La valoración crítica que merece la persistencia de obstáculos a la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea parte del concepto de ciudadanía que ha ido modelando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

<sup>7</sup> Otros países, en cambio, han reproducido las restricciones plasmadas en la Directiva [p.ej., Reino Unido: The Immigration (European Economic Area) Regulations 2006; o Alemania: Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern].

<sup>8</sup> El tratamiento que reciben los nacionales de terceros países es distinto: se rigen por la LO 4/2000 y el RD 2393/2004, así como por la Orden PRE/1282/2007, 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España.

En realidad, la crítica de estas deficiencias del derecho a la libre circulación de personas no hace más que partir de la “idea” de ciudadanía de la Unión defendida por el TJCE.

Según este Tribunal, “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico” (STJCE 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*).

- Reforzar la vinculación entre la libertad de circulación de personas y la dimensión social de la ciudadanía europea constituye una respuesta adecuada del modelo social europeo a los retos de una economía globalizada.

En tiempos en los que resulta tan popular la idea de “flexiseguridad” impulsada por la Estrategia de Lisboa, un derecho pleno a la libre circulación es un logro que indudablemente contribuye a reforzar la seguridad (económica y social) de los ciudadanos, al tiempo que estimula su movilidad, una cualidad intrínsecamente ligada a la flexibilidad.

La libertad de circulación se convertiría así, por tanto, en una vía para reforzar y modernizar (una parte de) los sistemas de protección social y, en general, para apuntalar lo mejor del modelo social europeo.

- El apuntalamiento del concepto de ciudadanía europea es una pieza clave para evitar la desafección ciudadana hacia las instituciones comunitarias y el proceso de integración europeo.

Hay que ser conscientes de que la debilidad del concepto de ciudadanía europea y de su dimensión social, y la inexistencia de un modelo social europeo “visible”, genera una desafección de los ciudadanos hacia la Unión Europea que dificulta enormemente el avance del proceso de integración.

Dicho de otro modo, la eliminación de estas restricciones favorecería la identificación con la Unión Europea y reforzaría los vínculos de la ciudadanía con el proceso de construcción europea.

## Los derechos a la libre circulación y residencia en España

### 3.1 Preliminar

En el ámbito español no existe una restricción tan grave de los derechos a la libre circulación y residencia como la que los condiciona en el nivel europeo a la acreditación de determinados recursos económicos (efectivos y en especie –seguro de enfermedad–); no en vano, los derechos a la libre circulación y residencia quedan consagrados como derechos fundamentales en el artículo 19 de la Constitución. Lo que sí existen son numerosos obstáculos indirectos, consistentes en la exigencia de periodos previos de residencia para acceder a prestaciones sociales de diverso tipo.

El progresivo desarrollo y consolidación en nuestro país de sistemas autonómicos de protección social hacen conveniente el análisis de este tipo de requisito, primero, para juzgar su constitucionalidad, y, en su caso, para llamar la atención sobre el perjuicio que genera a los ciudadanos. Pretendemos, así pues, denunciar esta clase de prácticas para contribuir con ello a su eliminación.

Dos de los acontecimientos más relevantes que marcan la consolidación de un sistema democrático en nuestro país en los últimos treinta años son, de un lado, la profunda reorganización de la estructura territorial con la creación del Estado autonómico; y, de otro, el desarrollo de un modelo de protección social que se ha ido equiparando a los sistemas que los países de nuestro entorno crearon en las décadas posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial.

Resulta llamativo que este modelo de protección social se haya desarrollado, en cierta medida a espaldas del proceso de reorganización territorial. Sin perjuicio del protagonismo adquirido por las comunidades autónomas (CC AA) en el ámbito de la sanidad pública o en el de la asistencia social, es incuestionable que la política social ha quedado hasta ahora principalmente en manos estatales, con la Seguridad Social como manifestación más evidente.

Nada cabe objetar a esta evolución si atendemos a dos circunstancias. En primer lugar, el nivel de gasto social en España se situaba en 1975 en un 14% de su PIB (Navarro y Quiroga, 2003), ocho puntos porcentuales inferior a la media de los países comunitarios más ricos que hoy son nuestros socios: resultaba urgente, por tanto, dar un fuerte impulso a la protección social pública, algo que entonces sólo las arcas del Estado estaban en condiciones de afrontar. En segundo lugar, también era imprescindible en aquel momento reforzar la cohesión social de una población marcada por desequilibrios de renta interpersonales e interterritoriales. En esta tarea, el protagonismo del Estado como instrumento vertebrador y cohesionador resultaba esencial.

Lo cierto es que la situación actual es muy distinta por, entre otras, dos razones destacadas. Primero, porque las CC AA gestionan una parte creciente del gasto público y, como consecuencia, es la administración autonómica la que el ciudadano identifica en muchos casos como proveedora de servicios públicos. Y, segundo, porque la Constitución les reconoce una autonomía política y financiera que no sólo permite, sino que exige, el desarrollo de políticas autonómicas. Ambos factores favorecen que el fenómeno descentralizador se extienda progresivamente al campo de la protección social. Así, hoy, las CC AA se sienten legitimadas para reivindicar la facultad para desarrollar una política social propia. Y lo hacen desde el convencimiento de que muchos de los problemas sociales actualmente existentes son atajados de forma más eficaz desde el ámbito autonómico.

Sin necesidad de valorar ahora tal motivación, es indudable que existe una presión creciente sobre el modelo público de protección social derivada de la actuación de los poderes públicos autonómicos. Así lo ponen de manifiesto algunos acontecimientos producidos en los últimos años:

- La culminación en 2002 del traspaso de competencias en materia de sanidad.
- Una intervención autonómica más relevante en el ámbito de la asistencia social mediante la aprobación de dos tipos de normas: unas dirigidas a configurar sistemas autonómicos de servicios sociales; y otras destinadas a complementar la protección dispensada por la Seguridad Social a sus beneficiarios.
- La creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que, lejos de circunscribirse al ámbito estatal, se articula sobre la base de la cooperación y colaboración del Estado y las CC AA.
- Algunas propuestas de reforma de los estatutos de autonomía reivindican un mayor protagonismo de las CC AA en la ordenación y en la gestión de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

En realidad, lo que el conjunto de la situación revela es que, pese a los avances producidos en materia de sanidad o dependencia, persiste un desajuste entre la articulación de nuestro sistema de protección social pública y el modelo de organización territorial como Estado autonómico. Tal es uno de los principales retos a los que ha de enfrentarse nuestro país si queremos dar el empujón decisivo al modelo de protección social, a nuestro Estado de bienestar, para situarlo entre los más avanzados del mundo.

Solucionar esta disfunción impulsando el desarrollo de sistemas de protección social en el ámbito autonómico redundará en la mejora de la atención recibida por los ciudadanos y, en este sentido, reforzará su condición de tales. Pero para ello es imprescindible corregir las desigualdades que pueden generarse como rupturas de la solidaridad entre territorios o ciudadanos. Una de ellas, precisamente, tiene que ver con el modo en que los distintos poderes autonómicos establecen el requisito de residencia para el acceso a sus prestaciones sociales: de nuevo aquí se trata de identificar y rechazar todas aquellas exigencias que, de forma directa o indirecta, pretendan evitar el “turismo social” a través de medidas que obstaculizan la libre circulación de personas.

### **3.2 Obstáculos indirectos en el acceso a prestaciones sociales: una práctica extendida en la realidad española**

Un ordenamiento constitucional como el alemán, por ejemplo, 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” (art. 11 de la Ley Fundamental de Bonn). Por el contrario, en el ordenamiento constitucional español no parece legítimo restringir la libertad de circulación y la libre elección de residencia en el territorio nacional de aquellos ciudadanos que se encuentran necesitados de asistencia social o de otro tipo de prestaciones sociales. El hecho de que alguien no se pueda mantener por sí mismo y pueda constituir una “carga” para la comunidad no habilita a los poderes públicos para negarle la capacidad de desplazarse por el territorio nacional o de fijar la residencia allí donde quiera. 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, por los límites derivados de la privación de libertad personal, como la detención preventiva, la prisión provisional, el cumplimiento de una pena, el internamiento en instituciones de salud mental, etc.). La idea misma de ciudadanía debe implicar la capacidad de circular y residir allí donde libremente se elija, independientemente de la situación patrimonial personal.

Ahora bien, a pesar de que los poderes públicos no pueden restringir directamente la libre circulación y la libre fijación de residencia de los ciudadanos necesitados por el hecho de serlo, sí vienen imponiendo ciertas trabas al libre ejercicio de tales derechos. Y lo hacen condicionando el acceso a las prestaciones sociales al cumplimiento de determinados requisitos, como son: la efectiva residencia en un determinado ámbito territorial y, sobre todo, el cumplimiento de requisitos temporales de residencia previa en un territorio concreto. Tales requisitos tienen como consecuencia obstaculizar la movilidad de los ciudadanos por el territorio nacional sin que, en muchas ocasiones, exista una justificación suficiente que lo respalde.

En las páginas siguientes se pretende analizar si tales requisitos para el acceso a las prestaciones sociales, requisitos que han proliferado fundamentalmente en los

subordenamientos autonómicos y municipales, aunque también los encontremos en el propio ordenamiento estatal, son o no conformes con nuestra Constitución.

Como punto de partida, hay que señalar que la atribución a las CC AA en sus estatutos de autonomía de 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 asistencial social, educación, sanidad, vivienda o urbanismo, genera la posibilidad de que existan dentro del territorio nacional diferentes grados de protección social. En realidad, esta diversidad no se encuentra proscrita por nuestra Constitución que ha consagrado la autonomía política de las CC AA (es decir, la capacidad para adoptar políticas propias) como pieza fundamental en la organización territorial del poder.

Sin embargo, la Constitución sí ha impuesto algunos límites insuperables a la variedad jurídica deducida del pluralismo territorial y del reconocimiento de tal autonomía. Límites que se manifiestan en la reserva en exclusiva de determinadas competencias al Estado; en el sometimiento de los poderes públicos a los derechos fundamentales, particularmente al artículo 14 CE que establece la igualdad; y en el sometimiento del ejercicio de las competencias de los poderes públicos a los dos apartados del artículo 139 CE que les prohíben discriminar a los ciudadanos por razones de conexión territorial. Pero límites constitucionales que, en cualquier caso, no serían suficientes para garantizar la existencia de un mismo grado de protección social en todo el territorio nacional.

Por tanto, la pluralidad de modelos de protección social es consustancial a la opción por un Estado con una fuerte descentralización política. Por eso, la cuestión que nos planteamos es si cabe constitucionalmente restringir la aplicación de un mecanismo de protección social determinado por razón de la residencia o del tiempo de residencia de una persona en el territorio concreto que lo establece. Pero antes de entrar en la cuestión, se hace necesario ilustrar, aunque sin ánimo de ser exhaustivos, el grado de extensión de su exigencia por parte de nuestros poderes públicos:

- El requisito de la residencia, a demostrar normalmente mediante el empadronamiento, y que se justifica en la necesidad de acreditar por parte del potencial beneficiario un cierto grado de vinculación con la comunidad y con el ámbito territorial en el que actúa un determinado poder público. Un grado de vinculación estable, no contingente, se demostraría así mediante este requisito, si bien en ocasiones se admite como alternativa su acreditación a través del lugar de trabajo. Se trata, en todo caso, de una práctica muy extendida en el ordenamiento jurídico español.
- El segundo requisito, más problemático, consiste en la necesidad de un periodo temporal de residencia previa en un determinado territorio para poder beneficiarse del acceso a las ventajas sociales reconocidas en él. Su justificación descansa en una serie de motivos, entre los que destacan:

- La salvaguardia de la capacidad presupuestaria del territorio que desarrolla la iniciativa protectora y que podría ponerse en cuestión por una llegada masiva de potenciales beneficiarios.
- La protección de los que han sido tradicionalmente ciudadanos de ese territorio frente a la “competencia” de los más recientes.
- La necesidad de demostrar un grado de integración suficiente en la comunidad por parte de las personas que pretenden acceder a los beneficios.
- El empeño en evitar el fraude de aquellas personas que tratan de acceder a esos servicios sin tener voluntad de permanecer en el territorio o de las que pretenden recibir prestaciones dobles.

Ciertamente, la exigencia de requisitos adicionales a la mera residencia, y en concreto los requisitos temporales de residencia previa para acceder a determinadas ayudas sociales son práctica habitual en el ámbito local y autonómico, e incluso en el estatal<sup>9</sup>. Pero no es objetivo central de esta investigación la descripción exhaustiva de las limitaciones existentes en el acceso a prestaciones y beneficios sociales. Más bien se trata de hacer una reflexión teórica acerca de la finalidad, sentido y efectividad de este tipo de medidas y su repercusión sobre la libertad de circulación y la idea de ciudadanía.

En todo caso, sí parece interesante tomar, a modo de ilustración, un supuesto concreto que sirva para poner de manifiesto cómo la exigencia de un periodo previo de residencia en un territorio concreto como requisito para el reconocimiento de una prestación devalúa la condición de ciudadano español (o del Estado español, si se prefiere).

Para ello utilizamos las genéricamente denominadas **rentas mínimas de inserción**, prestaciones autonómicas dirigidas a colectivos en riesgo de exclusión social. La razón de esta elección estriba en al menos tres razones. Por un lado, este tipo de prestación se encuentra prevista, con denominaciones diversas, en todos los ordenamientos autonómicos y, además, las correspondientes regulaciones gozan de cierta homogeneidad, lo que facilita su comparación. Por otro lado, se trata de prestaciones básicas en cuanto constituyen la única o principal fuente de renta de personas desempleadas y que carecen de recursos. Y, por último, son prestaciones con una proyección económica muy destacada, en la medida en que uno de sus componentes es la integración laboral.

El análisis de las diecisiete normativas autonómicas pone de relieve que, en todos los casos sin excepción, el acceso a estas prestaciones está condicionado al cumplimiento de un periodo de residencia previa en el territorio autonómico de que se trate. En concreto, en

---

<sup>9</sup> En el ámbito local es común, por ejemplo, en materia de adjudicación de vivienda protegida o en el ámbito de los servicios de asistencia social municipales. El establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para poder beneficiarse de determinadas ayudas sociales tiene especial trascendencia en el ámbito autonómico. También, por ejemplo, en materia de adjudicación de vivienda y en las normativas autonómicas que regulan el acceso a determinados beneficios sociales.

la mayoría de los casos (doce comunidades autónomas) sólo se accede a la prestación tras doce meses de residencia previa:

- Andalucía: Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula el Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad.
- Aragón: Ley 1/1993, de 19 de febrero, de medidas básicas de inserción y normalización social.
- Cantabria: Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.
- Castilla y León: Decreto 126/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de ingresos mínimos de inserción.
- Cataluña: Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción.
- Extremadura: Decreto 28/1999, de 23 de febrero, por el que se regulan las ayudas para la integración en situaciones de emergencia social.
- Galicia: Ley 9/1991, de 2 de octubre de medidas básicas para la inserción social.
- Madrid: Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de renta mínima de inserción.
- Murcia: Ley 3/2007, de 16 de marzo, de renta básica de inserción.
- País Vasco: Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social.
- La Rioja: Decreto 24/2001, de 20 de abril, por el que se regulan las prestaciones de inserción social.
- Comunidad Valenciana: Decreto 132/1990, de 23 de julio, por el que se aprueba el Plan de Medidas de Inserción Social.

En el resto, el periodo exigido es aún superior: 24 meses en tres comunidades autónomas<sup>10</sup> e incluso 36 meses en otra<sup>11</sup>. Como excepción, el periodo requerido se reduce a “sólo” seis meses en una única comunidad autónoma (Tabla 1)<sup>12</sup>.

Al margen de las consideraciones jurídico-constitucionales que se realizarán a continuación, resultan pertinentes dos observaciones:

- El reconocimiento efectivo de una ciudadanía (social) plena en el ámbito español resulta difícilmente compatible con una limitación tan grave como ésta que, sea como objetivo o como resultado, entorpece que personas sin recursos puedan circular de una comunidad autónoma a otra. Excepcionalmente tres normativas autonómicas (las de Cantabria, Galicia y Madrid) contemplan convenios de

<sup>10</sup> Son, en este caso, Asturias (Ley 4/2005, de 28 de octubre, de salario social básico), Castilla-La Mancha (Ley 5/1995, de 23 de marzo, de solidaridad) y Navarra (Decreto 120/1999, de 19 de abril, por el que se regula la renta básica).

<sup>11</sup> Canarias (Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la prestación canaria de inserción).

<sup>12</sup> Baleares (Decreto 117/2001, de 28 de septiembre, por el que se regula la renta mínima de inserción).

Tabla 1. Renta mínima de inserción		
Comunidades autónomas	Tiempo de residencia previa (requisito)	Convenio de reciprocidad con otras comunidades autónomas
Andalucía	12 meses	No
Aragón	12 meses	No
Asturias	24 meses	No
Baleares	6 meses	No
Canarias	36 meses	No
Cantabria	12 meses	Sí
Castilla-La Mancha	24 meses	No
Castilla y León	12 meses	No
Cataluña	12 meses	No
Extremadura	12 meses	No
Galicia	12 meses	Sí
Madrid	12 meses	No
Murcia	12 meses	No
Navarra	24 meses	No
País Vasco	12 meses	No
La Rioja	12 meses	No
Comunidad Valenciana	12 meses	No

Fuente: Ministerio de Educación, Política Social y Deportes

reciprocidad con otras comunidades autónomas como solución mitigadora de la mencionada restricción<sup>13</sup>. Al respecto, cabe señalar que se trata de un tímido avance que para resultar efectivo debería generalizarse a todos los territorios; en todo caso, el problema de fondo es siempre el mismo: el riesgo de devaluación de la condición de ciudadano del Estado español.

- Las distorsiones generadas por este tipo de medidas se hacen aún más patentes en un contexto económico tan grave como el actual en el que se plantea con creciente insistencia la necesidad de reforzar la protección de los desempleados y, en particular, la de aquellos que se encuentran en riesgo de exclusión social.

Una vez ejemplificado cómo el establecimiento de requisitos de residencia y de requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones sociales es una práctica muy extendida en el ordenamiento jurídico español, la cuestión fundamental a dilucidar es si todos estos requisitos para poder acceder a determinadas prestaciones sociales son o no conformes con la Constitución. Para ello debemos analizar el significado de dos preceptos contenidos en nuestra norma fundamental, el artículo 139 CE y el artículo 14 CE, así como el alcance de un tercer precepto, el artículo 19 CE.

13 En otros casos se “dulcifica” el cumplimiento de ese requisito de residencia. Así, por ejemplo, pese a que la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, del salario social básico, exige dos años de residencia previa ininterrumpida, no se considera interrumpido el plazo exigido cuando se hayan producido traslados fuera de la comunidad autónoma inferiores a dos años por motivos formativos o laborales o cuando deriven de malos tratos familiares, de tratamientos sociosanitarios, de rehabilitación...

### 3.3 El artículo 139 CE: la proscripción constitucional de barreras a la libre circulación de personas y bienes

El artículo 139 de la Constitución garantiza la libre circulación de personas y bienes. Tal precepto se encuentra dividido en dos apartados: el primero establece que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado” y el segundo establece que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado, refiriéndose tanto al apartado primero como al apartado segundo del artículo 139 CE, que este tipo de preceptos “son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales” (STC 61/1997 y 247/2007). Para el Tribunal Constitucional, los principios consagrados en el art. 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). En este sentido, “la norma atributiva de competencia, por lo que se refiere al Estado, deba 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 139.2) (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 que condiciona el ejercicio de las competencias atribuidas. De ahí que se haga necesario analizar los términos en los que los dos apartados del artículo 139 CE condicionan el ejercicio de las competencias de los poderes públicos.

#### A) El artículo 139.1 CE

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 la 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 en la STC 247/2007 que “el art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos”.

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 (De Otto, 1986).

La doctrina ha interpretado, entonces, este artículo 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.

Para comprender mejor el sentido del artículo 139.1 CE cabe leer el precepto en orden inverso a aquel en que se encuentra formulado (De Otto, 1986): “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”. La exigencia de uniformidad de trato dentro de cada ordenamiento autonómico significaría, por tanto, la prohibición de que se trate de forma discriminatoria a vecinos o naturales de otras comunidades por el hecho de serlo. Por eso, el artículo ha de interpretarse teniendo en cuenta la diversidad que supone el hecho autonómico, lo que significa que la uniformidad de trato se exige dentro del ordenamiento de cada comunidad autónoma (López Guerra, 1990).

Equipararía así a todos los españoles, con independencia de su origen o lugar de residencia, con respecto al ordenamiento de cada comunidad autónoma, algo bien distinto a equiparar 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 residentes o provenientes de fuera de la comunidad autónoma que para las residentes o provenientes de dentro.

La interpretación anterior es la que pareció acogerse implícitamente por la jurisprudencia constitucional cuando rechazó la inconstitucionalidad de una norma autonómica que sometía a las agencias de transporte y a los transportistas a obligaciones que no tenían en otros lugares de España por considerar que, al no “establecer discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional, no se percibía la violación del principio que prohíbe esta discriminación” (STC 37/1981).

La cuestión que hay que dilucidar entonces es si el artículo 139.1 CE establece una prohibición absoluta de un régimen jurídico diferenciado por razón del origen o residencia de una persona; o si, por el contrario, el establecimiento de un régimen jurídico más oneroso en función de la procedencia o residencia de una persona puede, sin embargo, no estar constitucionalmente prohibido por promover de forma proporcionada un objetivo considerado constitucionalmente legítimo.

#### **B ) La posibilidad de justificar el tratamiento diferenciado por razón de la residencia u origen de las personas**

Si el poder público que aprueba una medida que diferencia en función de factores como la residencia de una persona o su procedencia es capaz de demostrar que la misma promueve de modo proporcionado un objetivo constitucionalmente legítimo, se podría considerar que, pese a su carácter formalmente diferenciador, no es una regulación que promueva el proteccionismo o la discriminación y, por tanto, no queda prohibida por el artículo 139.1 CE.

Tal posibilidad de diferenciación ha sido aceptada tanto en el ordenamiento comunitario europeo como en el norteamericano. El caso paradigmático de regulaciones formalmente discriminatorias justificadas serían las normas de cuarentena que establecen un régimen jurídico diferenciado en razón del origen. Así, el problema se plantearía en nuestro ordenamiento en los mismos términos en que se ha planteado en aquellos. ¿Podría una comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias sobre protección de la salud, y en ausencia de reacción por las autoridades del Estado, limitar la circulación de personas provenientes de otra comunidad autónoma en la que se ha detectado el brote de una epidemia mortal? Igualmente, ¿podría una comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias de asistencia social establecer como requisito de acceso a las prestaciones sociales autonómicas la previa residencia del solicitante? O incluso ¿podría el propio Estado, al que también vincula el artículo 139.1 CE, establecer tales diferencias de régimen jurídico en función del origen de una persona o un bien?

En este punto habría que diferenciar, siguiendo los criterios de la jurisprudencia norteamericana, tres supuestos: a) el ciudadano español no residente en una comunidad autónoma al que se prohíbe directamente la libre circulación y la libre elección de residencia en la misma, impidiéndole la entrada en el territorio autonómico; b) el ciudadano español no residente en una comunidad autónoma y que se encuentra temporalmente o de paso en la misma y al que se niega el mismo trato que a los que sí son residentes, en relación con el acceso a determinados derechos o prestaciones; y c) el ciudadano español que elige residir de manera permanente en otra comunidad autónoma y que no es tratado igual que los ciudadanos de esa comunidad a la que se ha desplazado recientemente, exigiéndole un periodo temporal de residencia para poderse beneficiar de determinadas ventajas.

De los tres, nos interesan b) y c), que se corresponden con los dos tipos de requisitos que venimos analizando, que imponen los poderes públicos para poder acceder a determinados beneficios sociales: los de residencia y los de un periodo temporal de residencia previa en un determinado territorio.

La admisibilidad de las diferenciaciones por razón de la vecindad adoptadas por los entes territoriales parece difícilmente conciliable con la formulación tajante y carente de matices del artículo 139.1 CE, que vendría a excluir cualquier forma de diferenciación. Esto implicaría la inconstitucionalidad de cualquier diferencia de trato basada en la residencia que puedan adoptar las comunidades autónomas, impidiendo el establecimiento de un *status civitatis* autonómico o local (Baño León, 1988). Sin embargo, no puede darse a ésta un valor absoluto, pues la configuración de las comunidades autónomas como entidades dotadas de autonomía política conlleva necesariamente la existencia de algunas diferenciaciones entre quienes son residentes en su territorio y quienes no lo son (Pemán, 1992).

En todo caso, todas aquellas regulaciones territoriales que establezcan derechos circunscritos a sus residentes deberían someterse a un estricto escrutinio para evitar medidas que, con apariencia de estar justificadas, busquen, en realidad, favorecer injustificadamente a las personas procedentes o tradicionalmente residentes en la comunidad autónoma que establece la regulación frente a la competencia de las personas o bienes procedentes o tradicionalmente residentes en las demás. Estricto escrutinio que se concretaría en la necesidad de demostrar que la medida promueve adecuadamente un

fin legítimo y no existen alternativas no discriminatorias o menos discriminatorias para promover tal fin legítimo. Ello supone la aplicación del principio de proporcionalidad a todas las medidas que establezcan derechos tan sólo para los residentes en un determinado territorio con la finalidad de comprobar si están justificadas.

En el caso de una regulación autonómica, antes de aplicar el principio de proporcionalidad a la medida, es necesario examinar la legitimidad de los intereses en presencia. Hay que comprobar tanto la existencia de un interés restringido (en este caso la igualdad de derechos de los ciudadanos españoles en cada una de las comunidades autónomas) como la existencia de un interés que es pretendido con la regulación autonómica y que debe ser legítimo. Sólo una vez que se haya considerado que el interés u objetivo que se dice promover con la regulación es legítimo, debe entrar en juego el principio de proporcionalidad para considerar si el interés restringido por la regulación pública, lo ha sido proporcionalmente.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad obliga a realizar tres controles o comprobaciones sucesivas con el fin de determinar la conformidad de una regulación pública con tal principio:

- Primero, hay que comprobar la “adecuación” o idoneidad de la medida; se trata de acreditar que una medida restrictiva de la libre circulación de personas no resulta poco idónea, inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir.
- A continuación, debe verificarse la “necesidad” de la intervención con el fin de evitar un sacrificio innecesario de la libre circulación de personas ante alternativas menos gravosas que satisfagan el objetivo pretendido “con igual efectividad”.
- Por último, se valora la “proporcionalidad en sentido propio” de la medida, de manera que no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de intereses presentes. La aplicación de esta tercera comprobación se produce una vez superados los dos primeros test, y supone la ponderación de los intereses concurrentes con objeto de determinar cuál prevalece en el caso concreto.

El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de establecer regulaciones diferenciadas en función del origen o residencia de las personas. Un criterio jurisprudencial aplicable esencialmente al supuesto del ciudadano español no residente en una comunidad autónoma que se encuentra temporalmente o de paso en la misma y al que se le niega el mismo trato que a los que sí son residentes en el acceso a determinados derechos o prestaciones.

Para el Tribunal Constitucional “es inherente a nuestro sistema constitucional que, como consecuencia del ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias exclusivas o de desarrollo legislativo, **los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados** en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tengan diferentes derechos en esas áreas” (STC 247/2007). La

condición de ciudadano autonómico no podrá otorgarse por razón de nacimiento y, efectivamente, todos los estatutos la confieren según el criterio de la vecindad administrativa.

Así, “las asambleas legislativas de las comunidades autónomas pueden ejercer sus competencias normativas en los ámbitos materiales previstos en cada estatuto de autonomía, lo que les habilita, sin duda, en ejercicio del principio de autonomía (art. 2 CE), para establecer sus propias políticas u objetivos a través de los regímenes jurídicos que consideren más adecuados en cada caso. Este dato, que hace posible la diferenciación entre los regímenes jurídicos que en sus áreas de competencia pueden establecer las distintas asambleas legislativas de las comunidades autónomas, **conlleva la diferenciación entre las posiciones jurídicas de los ciudadanos de cada una de ellas**” (STC 247/2007).

En estos casos, el ordenamiento autonómico no trataría por igual a todos los españoles, trataría de forma diferenciada a los vecinos de otras comunidades que no podrían solicitar tales derechos y por ello se produciría una aparente contradicción con el artículo 139.1 CE, que, recordemos, establece una prohibición de discriminación por razones de conexión territorial. Pero, precisamente, no todo trato diferenciado basado en la residencia o procedencia vulnera del artículo 139.1 CE, pues lo que este proscribía es la discriminación, esto es, la diferenciación por factores de conexión territorial no justificada, y no la diferencia justificada.

El artículo 139.1 CE no impediría, por tanto, la disparidad de tratamiento en todas aquellas situaciones en que existen razones válidas para ello, sino la discriminación contra ciudadanos provenientes o residentes de otras comunidades autónomas cuando no haya una razón sustancial para la diferenciación más allá del mero hecho de que son ciudadanos de otras comunidades autónomas.

En este punto debemos referirnos a dos tipos de regulaciones. Por un lado, aquellas que exigen la residencia como requisito para realizar una determinada actividad económica como, por ejemplo, ejercer la medicina, la abogacía, abrir un establecimiento comercial o dedicarse a la actividad pesquera; y, por otro, las que exigen la residencia como requisito para beneficiarse de una determinada prestación económica concedida por los poderes públicos territoriales.

En cuanto a la exclusión de los no residentes de la realización de una actividad económica, consideramos que se encontraría en principio constitucionalmente proscrita, pues no busca sino beneficiar a los residentes frente a la eventual competencia de los que no lo son. No obstante, el Tribunal Constitucional no siempre se ha mostrado contrario a ello. En su STC 14/1998 señala que no quiebra el artículo 139.1 CE el que una ley autonómica de Extremadura otorgue distintos porcentajes para los permisos de caza en los cotos regionales, dando preferencia a los residentes locales y de la comunidad autónoma respecto a los solicitantes de otras comunidades autónomas: “si los habitantes de la comunidad autónoma de Extremadura soportan una mayor carga fiscal para la práctica y explotación de las distintas actividades cinegéticas, no puede negarse al legislador autonómico la posibilidad de establecer un sistema de preferencias basado en la vecindad administrativa de los solicitantes,

en punto a la concesión de las respectivas autorizaciones para practicar la caza en unos cotos, cuyo cuidado, conservación y mejora se financia, entre otros, con unos ingresos procedentes de un tributo que repercute exclusivamente sobre aquellos que se dedican al aprovechamiento cinegético privado en el territorio de aquella comunidad autónoma”.

Ahora bien, no parece que un argumento similar fuese aceptable si una comunidad autónoma estableciese el requisito de la residencia para ejercer otra actividad de contenido económico más evidente<sup>14</sup>.

Por su parte, la exclusión de los no residentes del acceso a prestaciones sociales también tiene como efecto beneficiar a los residentes. Pero la diferencia con el tipo de regulaciones señaladas en primer lugar es que aquí el poder público realiza directamente un desembolso económico que, si fuese incondicionado, podría suponer que un determinado territorio tuviese que financiar las prestaciones de cualquier ciudadano, independientemente de su lugar de residencia. En tales supuestos parece razonable exigir la residencia como requisito mínimo para poder beneficiarse de una determinada prestación económica.

Cuando se trata de prestaciones sociales, puede considerarse que la exigencia de residencia no resulta en sí misma cuestionable: parece razonable que estas ayudas, que suponen un desembolso económico del poder público, se destinen a quienes tengan un vínculo estable (y no puramente contingente) con la comunidad autónoma. Ciertamente, a la condición de residente no cabe vincular más derechos que aquellos que se justifiquen por la naturaleza de tal condición, pues en el resto de casos, los no residentes deben ser afectados por el ordenamiento autonómico en pie de igualdad con los que ostentan la residencia. Además, ese vínculo estable no tiene por qué ir ligado siempre a la residencia; también podría tener validez a estos efectos, por ejemplo, el lugar de trabajo.

Más problemática desde un punto de vista de constitucionalidad resulta la habitual exigencia de periodos temporales de residencia previa para acceder a las prestaciones sociales. Tal sería el supuesto del ciudadano que decide trasladar su domicilio a otra comunidad autónoma y que como consecuencia ve entorpecido el acceso a determinadas prestaciones.

Condicionar el disfrute de prestaciones a la acreditación de periodos de residencia previa crea dos clases de ciudadanos que se diferencian únicamente por el tiempo efectivo de residencia y no por su igual situación de necesidad. La cuestión fundamental es si tal diferenciación constituye una discriminación proscrita por nuestra Constitución en sus artículos 139.1 y 14 CE. Para ello hay que comprobar si la diferenciación promueve proporcionalmente objetivos legítimos: cuatro, en concreto.

<sup>14</sup> En *Baldwin vs. Montana Fish* 436 U.S. 371, 1978, el Tribunal Supremo de EE UU. se pronuncia sobre el derecho preferente de los ciudadanos del Estado de Montana a cazar alces, diferenciando entre supuestos en los que se ven involucrados derechos esenciales para promover la armonía entre Estados, que no pueden ser interferidos sin poner en riesgo la Unión, y aquellos otros en los que, pese a establecerse un régimen distinto para los ciudadanos de fuera del Estado, “la vitalidad de la nación como entidad única” no se ve afectada; tal es el caso de la caza del alce.

- Uno de los objetivos teóricamente perseguidos en estos casos es la garantía de la sostenibilidad económica del sistema de prestaciones sociales. El establecimiento de requisitos temporales tendría dos efectos beneficiosos sobre ella: un ahorro a corto plazo, pues los que no cumplan el requisito temporal no podrían de momento acceder a las prestaciones con el consiguiente beneficio económico; y un ahorro a largo plazo, en la medida en que los requisitos de residencia previa pueden desincentivar la llegada de nuevos residentes necesitados.

Aunque el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones es legítimo, no lo es el medio elegido para conseguirlo: la diferenciación de los ciudadanos en función del efectivo periodo de residencia. Ciertamente existe un interés legítimo de las comunidades autónomas en ahorrar dinero, pero ello no justifica la discriminación de determinados ciudadanos. De igual forma, no sería legítima la negativa a otorgar servicios de otro tipo (policía, recogida de basuras, etc.) a los nuevos residentes con el fin de proteger las cuentas públicas.

Para salvar la constitucionalidad de los requisitos temporales de residencia no basta con demostrar el ahorro de dinero que suponen, pues se consigue a través de una diferenciación proscrita por la Constitución en el artículo 139.1, que ha convertido 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 (Pemán, 1992). En definitiva, todo ciudadano español tiene derecho a elegir su lugar de residencia dentro del territorio nacional, pero las comunidades autónomas o los municipios no tienen derecho a elegir a sus residentes.

Además, el argumento de la sostenibilidad económica del sistema suele ser engañoso, pues estudios económicos han demostrado que el ahorro que se consigue dejando fuera a los residentes recientes podría conseguirse bajando en una cantidad imperceptible la cuantía de las prestaciones. Así, en EE UU se demostró que una regulación estatal que dejaba fuera a los nuevos residentes suponía un ahorro para el Estado que podía conseguirse igualmente bajando en 72 centavos las prestaciones de todos (*Saenz vs. Roe* 526 U.S. 489, 1999).

- El segundo objetivo pretendido por los poderes públicos con la exigencia de requisitos temporales de residencia es desincentivar la llegada de nuevos ciudadanos a un territorio que tenga como única motivación el alto nivel de prestaciones sociales, es decir, el “turismo social”. Sin embargo, no acaba de entenderse por qué es permisible que la gente se traslade a un determinado territorio por los más diversos motivos, ajenos a las políticas públicas (motivos familiares, climáticos...) o vinculadas a ellas (políticas fiscales, laborales, educativas...) y, en cambio, se proscriba el traslado de ciudadanos necesitados que tratan de mejorar sus condiciones de vida al desplazarse a territorios con una mejor protección social.
- El tercer objetivo sería garantizar las prestaciones sociales de manera preferente a aquellos que en el pasado hubieran contribuido al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos.

Llevando este argumento al límite, un poder público territorial podría restringir el acceso de los nuevos residentes a todo tipo de prestaciones o servicios públicos (educación, bibliotecas, policía, bomberos...) en función de las contribuciones fiscales previamente realizadas. Lo cierto es que esta idea de “tanto pagas tanto recibes” se opondría al reconocimiento constitucional de la igualdad y al concepto mismo de Estado social: chocaría con el mandato de promover las condiciones para hacer reales y efectivas la libertad y la igualdad mediante la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

Pero incluso si se considerase legítimo el acceso preferente a prestaciones sociales de los que hubieran contribuido al sostenimiento de los gastos públicos, la fórmula elegida no es aceptable: el requisito temporal de residencia no superaría la comprobación de la adecuación de la medida para conseguir el objetivo pretendido. Y no lo haría, porque los ciudadanos necesitados de asistencia social difícilmente habrán contribuido con anterioridad al sostenimiento de las cuentas públicas precisamente por su propia situación.

- Por último, el cuarto objetivo de la exigencia de un periodo de residencia previa se enmarcaría en la lucha de los poderes públicos contra el fraude (por ejemplo, residencias inexistentes, incumplimiento de los requisitos de necesidad, dobles cobros de prestaciones en diferentes territorios...). Evitar el fraude es un objetivo legítimo y una obligación de Estado, comunidades autónomas y municipios. Pero el combate de estas prácticas no debe dejar sin prestaciones a quienes no tienen intención de cometer fraude. La medida resulta, por ello, desproporcionada, pues se priva de prestación a todos los que trasladan su residencia de territorio por mucho que sus motivaciones sean plenamente legítimas.

Sí sería constitucionalmente admisible la exigencia de un periodo breve de residencia con el fin de acreditar la realidad o efectividad de una residencia (Pemán, 1992). Pero para ello serían suficientes unos plazos temporales cortos. En este sentido, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado suficiente para demostrar la residencia de buena fe exigir un periodo de un mes para poder votar (*Dunn vs. Blumstein*, 405 U. S. 330, 1972).

### C) El artículo 139.2 CE

Una vez analizado cómo el artículo 139.1 CE parece proscribir el establecimiento de periodos de residencia previa para acceder a determinadas prestaciones sociales, debe estudiarse la existencia de otros preceptos constitucionales que parecen llevar a la misma conclusión.

El primero de ellos es el artículo 139.2 CE: “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Determinada por la jurisprudencia constitucional la naturaleza del precepto como limitador del ejercicio de competencias y no como atributivo de ellas, hay que especificar qué es

exactamente lo que tal precepto prohíbe hacer a los poderes públicos, especialmente a los autonómicos.

Este precepto prohíbe una medida que aparentemente es indistinta para los residentes en una comunidad autónoma y para los que no lo son, pero que lleva aparejada efectos restrictivos injustificados más onerosos para los segundos (justo al contrario que el art. 139.1, donde lo que se prohíben son las diferenciaciones textuales o formales por motivos de procedencia o residencia). Así, los dos apartados del artículo 139 CE proscriben el establecimiento de diferencias de régimen jurídico basadas injustificadamente en razones de procedencia o residencia; sólo que, en el apartado 1, esas razones son explícitas, mientras que, en el apartado 2, son implícitas. Estamos, pues, ante supuestos de discriminación formal y material, respectivamente.

En este sentido, el artículo 139.2 CE prohibiría el establecimiento de regulaciones jurídicas que, sin atender directamente al origen de la persona, tienen como efecto práctico unas condiciones más onerosas sobre las personas provenientes de fuera de la comunidad autónoma.

Sea como fuere, conviene dejar claro que el artículo 139.2 no se encontraría involucrado en los supuestos que hemos estudiado, en los que un poder público (autonómico, municipal o estatal) exige residencia o periodos previos de residencia para acceder a determinadas prestaciones. En estos supuestos la diferenciación sería formal y caería, en consecuencia, en la órbita del artículo 139.1 CE.

### **3.4 El artículo 14 CE, la proscripción de la diferencia injustificada**

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”.

Cierta doctrina ha señalado que quizás un marco de referencia más adecuado que el artículo 139.1 CE para determinar la admisibilidad de las diferenciaciones por razón de vecindad u origen adoptadas por los entes territoriales sea el principio general de igualdad sancionado en el artículo 14 CE. Principio que no prohíbe cualquier diferencia de trato, como sería en este caso por razón de la vecindad o el origen, sino tan sólo las diferencias discriminatorias, aquellas que incurran en arbitrariedad por carecer de una justificación objetiva y razonable.

Conviene recordar que si bien cada ordenamiento autonómico está sujeto al artículo 14 y, en consecuencia, no puede establecer discriminaciones prohibidas, no es posible comparar entre sí individuos sometidos a ordenamientos distintos. Y no lo es porque la igualdad, que prohíbe la discriminación en el interior de cada ordenamiento, no constituye por sí misma un límite para la diferenciación de posiciones jurídicas individuales que resulta de la pluralidad de ordenamientos. En efecto, el Tribunal

Constitucional ha precisado en su STC 37/1987 que “la autonomía significa (...) la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resulta necesariamente infringido el artículo 14 o el 139.1 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”.

Una vez determinado que lo que proscribe el artículo 14 es la discriminación en el interior de cada ordenamiento, es necesario recordar brevemente cuándo una medida discrimina. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “lo que prohíbe el principio de igualdad son (...) las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 39/2002 y 200/2001).

A la vista de esta interpretación jurisprudencial del artículo 14 CE, cabe sostener que la aplicación del principio general de igualdad al establecimiento de requisitos de residencia o de periodos de residencia previa por parte de los poderes públicos para acceder a determinados beneficios sociales llevaría al mismo resultado al que hemos llegado aplicando el artículo 139.1 CE al que nos remitimos.

### **3.5 El artículo 19 CE, las garantías de libre elección de residencia y de libre circulación**

Junto con los artículos 139.1 y 14 CE, encontramos otro precepto relacionado con el tema que estamos tratando, el artículo 19 CE que establece que “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

Ni el requisito de residencia en un territorio concreto para acceder a determinadas prestaciones sociales, ni la exigencia con la misma finalidad de un periodo de residencia previa en tal territorio, impiden directamente la entrada o la fijación de la residencia en un determinado ámbito. Por tanto, este tipo de medidas no vulneran, en principio, los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la Constitución.

La diferencia de tratamiento de una misma situación en las diferentes partes del territorio nacional, que se puede producir como consecuencia de la pluralidad regulatoria derivada del reconocimiento de autonomía, tampoco vulnera el derecho a la libre circulación ni el de libre elección de residencia. Los mandatos del art. 19 CE no implican forzosamente la uniformidad de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español,

independientemente del municipio, provincia o comunidad autónoma en que residan. Y la diversidad de situaciones jurídicas derivadas de las regulaciones y normas vigentes en las diferentes zonas del territorio nacional (sean estas normas de origen estatal, autonómico o local) no puede considerarse vulneración de la libertad de residencia en tanto las mismas no impidan que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas regiones. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción, habida cuenta de los “beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar (...) por el mero hecho de la residencia” (SSTC 8/1986 y 80/1989).

### **3.6 Un aspecto colateral: la incidencia de los nuevos estatutos de autonomía en la exigencia de periodos temporales de residencia previa para poder acceder a las prestaciones sociales**

Un aspecto interesante a analizar es si algunos de los nuevos estatutos de autonomía adoptados en la pasada legislatura se opondrían a la extendida práctica autonómica de establecer requisitos de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones sociales. De ser ello así, tales prácticas recogidas en las normativas autonómicas no sólo serían inconstitucionales, sino que, además, habrían devenido antiestatutarias.

En efecto, el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que, a efectos de dicha norma, gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía (artículo 5); y añade que los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes allí contenidos, entre los que se encuentran muchos derechos sociales, son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía (artículo 12).

En parecidos términos se expresa el Estatuto de Cataluña, que atribuye la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña a los ciudadanos españoles que tienen vecindad administrativa en Cataluña (artículo 7), al tiempo que reconoce que todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública.

Los preceptos estatutarios reproducidos vinculan a los poderes públicos autonómicos, lo que se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias de régimen jurídico en función del periodo de residencia previa, pues los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes recogidos en los estatutos son todos los que residen en el territorio autonómico independientemente del tiempo que lleven haciéndolo. Por tanto, los nuevos estatutos de autonomía no permitirían a los poderes públicos autonómicos establecer grados distintos de prestaciones sociales en función de la duración de la residencia.

De este modo, se consolidaría un planteamiento más ambicioso que sí liga protección social y ciudadanía, en la línea, por ejemplo, de algunas previsiones de la Ley catalana 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. Se hace referencia, por un lado, al reconocimiento de la condición de beneficiarias de determinadas **prestaciones sociales de derecho subjetivo** (la prestación para el mantenimiento de gastos del hogar para determinados colectivos y la prestación complementaria para pensionistas de la modalidad no contributiva por invalidez o jubilación, como más destacadas), con la única exigencia, al margen de los específicos de cada prestación, de residir legalmente en Cataluña (artículo 4). Y, por otro lado, al acceso, aún menos restrictivo, a las denominadas **prestaciones económicas de urgencia social** (prestaciones que atienden necesidades puntuales, urgentes y básicas de subsistencia, como la alimentación, el vestido y el alojamiento), en el sentido de que, junto con los residentes en Cataluña, también se incluye a los que viven o se encuentran en un municipio catalán (artículo 30).

### 3.7 Conclusión: ámbito español

El ordenamiento constitucional español prohíbe a los poderes públicos restringir la libertad de circulación y la libertad de fijación de residencia en el territorio nacional de los españoles por el solo hecho de necesitar asistencia social. Tales libertades constituyen, sin duda, uno de los componentes esenciales de la idea misma de ciudadanía (nacional) que necesariamente debe implicar la libertad de desplazarse y de decidir dónde se reside dentro del territorio estatal.

Sin embargo, los poderes públicos, fundamentalmente los autonómicos y los locales, vienen estableciendo restricciones indirectas a tales libertades al imponer requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados derechos y beneficios sociales. Ciertamente, tales requisitos no impiden directamente la libre circulación o la libre fijación de residencia, pero es evidente que las desalientan.

La imposición de tales requisitos temporales es, a nuestro juicio, contraria al derecho de todo ciudadano que fija libremente su residencia en un determinado lugar del territorio nacional a ser tratado igual que los ciudadanos que allí residen. Cualquier clasificación de los ciudadanos que realicen los poderes públicos en función del tiempo de residencia previa se opone a la idea misma de ciudadanía que debe implicar, por supuesto, la libertad de desplazarse y fijar la residencia, pero también el derecho a ser tratado igual que los ciudadanos tradicionalmente residentes en el lugar en el que se decide fijar la residencia.

Conforme a esa idea de ciudadanía, ni la necesidad de garantizar la sostenibilidad de las cuentas públicas, ni la de reservar la solidaridad de una comunidad para aquellos ciudadanos que tengan un vínculo más duradero con ella son motivaciones justificadoras de la ruptura del derecho a ser tratado igual. En el primer caso, porque siendo el objetivo legítimo (la sostenibilidad de las cuentas públicas), no lo es el medio empleado para

conseguirlo: una clasificación odiosa de ciudadanos en función del tiempo de residencia. En el segundo caso, porque el simple hecho de ser un ciudadano español que decide residir en un territorio dado ya demuestra su vinculación con la comunidad allí residente, sin que sea lícito restringir la solidaridad en función del tiempo de residencia.

## Conclusión

Los dos modelos de ciudadanía analizados, el comunitario europeo y el español, no alcanzan el nivel de desarrollo del modelo norteamericano. Éste es el que parece garantizar mejor un verdadero estatus de ciudadanía por, al menos, dos motivos: haber reconocido jurisprudencialmente, en primer lugar, que las libertades de circulación y residencia dentro de la federación no puedan verse condicionadas por la situación patrimonial del nacional que se desplaza; y, en segundo lugar, que la idea de ciudadanía supone no sólo el derecho a desplazarse y fijar la residencia, sino también el de ser tratado igual que los ciudadanos tradicionalmente residentes en el lugar en el que se decide fijar la residencia.

En relación con el primer motivo, el modelo español es plenamente coincidente con el norteamericano, ya que nuestra Constitución proscribía la restricción de la libre circulación y residencia de los ciudadanos necesitados por el simple hecho de serlo. Sin embargo, este no es el caso del modelo comunitario europeo, en el que la jurisprudencia ha aceptado explícitamente la posibilidad de condicionar a la posesión de recursos económicos suficientes la libertad de circulación y fijación de residencia de los ciudadanos comunitarios en un Estado miembro del que no sean nacionales.

Esta interpretación restrictiva realizada por el TJCE de los derechos a la libre circulación y residencia reconocidos en el artículo 18 TCE resulta decepcionante, dada su íntima vinculación con la noción de ciudadanía. Que el ordenamiento comunitario permita la limitación de los derechos de libre circulación y residencia no significa que cualquier restricción que se haga sea conforme con la “norma fundamental”; no, desde luego, si se hace en función de la capacidad económica del ciudadano que se desplaza. La interpretación que realiza el Tribunal de Justicia en este punto supone una clara degradación del contenido de la ciudadanía europea que queda convertida en un estatus de segunda.

En relación con el segundo motivo, la jurisprudencia norteamericana parece haber sido la única que ha tenido claro que una ciudadanía “fuerte”, plena, debe implicar, además del

derecho de libre circulación y fijación de residencia, el derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos que se desplazan respecto a los ciudadanos previamente residentes en el territorio al que llegan. Un derecho que se concretaría en la disconformidad total con la Constitución en cuanto a los requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados derechos y beneficios, con la única salvedad de los periodos que sirvan para probar una residencia de buena fe.

Frente a ello, el modelo español no acaba de plantearse la posible inconstitucionalidad de tales requisitos de residencia previa a juzgar por las numerosas regulaciones autonómicas, municipales e incluso estatales, que los contemplan. En cambio, la jurisprudencia comunitaria sí ha aceptado explícitamente la conformidad de los requisitos temporales de residencia previa con el TCE, aunque haya tratado de restringir su duración mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Con todo, más grave es la justificación de tal tipo de requisitos: la necesidad de demostrar un cierto grado de integración en el Estado miembro al que se desplaza el ciudadano europeo. Y es preocupante, ya que implica que, para demostrar la integración en cualquier Estado miembro, no basta con ser ciudadano de la comunidad política superior, la Unión Europea. En contraposición con la concepción mantenida por el TJCE, en EE UU la condición de ciudadano norteamericano es suficiente para demostrar la integración de un ciudadano en cualquier Estado federado al que se desplace para residir.

En definitiva, aunque el modelo de protección social de los EE UU no es el espejo en el que los europeos deben mirarse, sí tendrían que tener muy presente su concepción de la ciudadanía. Una concepción que implica la libertad de desplazamiento y fijación de residencia, pero también la igualdad de trato respecto a los ciudadanos tradicionalmente residentes una vez que se ha fijado el domicilio en un determinado lugar. Así, suscribiríamos plenamente para nuestro país, e incluso para la Europa comunitaria, la argumentación del Juez Cardozo en *Baldwin vs. G. A. F. Seelig*, 294 U.S. 511, 1935:

“La Constitución (los Tratados) fue realizada bajo la influencia de una filosofía política menos localista. Fue realizada bajo la teoría de que las gentes de las diversas comunidades autónomas (Estados miembros) deben hundirse o nadar juntos, y que a largo plazo, la prosperidad y la salvación están en la unión y no en la división”.

Consideramos que limitar la capacidad de residir en función de la capacidad económica o restringir la solidaridad de una determinada comunidad local en función del tiempo de residencia previa de una persona perteneciente a la comunidad nacional o europea contradice esta filosofía política.

## Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (1996), *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. Madrid, CEC.
- Aguado Zamora, M. J. (2006), *La inclusión de un catálogo de derechos y deberes en el Estatuto de Autonomía para Andalucía*, en *La Reforma de la Estatutos de Autonomía*, (Coord. Ruiz-Rico Ruiz, G. Valencia, Tirant Lo Blanc).
- Aja, E. (1992), *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.
- Albertí Rovira, E. (1995), *Autonomía política y Unidad Económica*. Madrid, Civitas.
- Baño León, J. M<sup>a</sup>. (1988), *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. Madrid.
- Barnes, J. (1998), *Estudio Preliminar*, en *El Principio de Proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, n<sup>o</sup> 5 sept.-dic. INAP.
- Bernal Pulido, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC.
- Cabellos Espiérrez, M. A. (2001), *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid, CEPC.
- Cámara Villar, G. (2007), en: F. Balaguer y otros, *El nuevo Estatuto de Andalucía*. Madrid, Tecnos.
- Coscolluela Montaner, L. (2003), *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.
- López Guerra, L. (1990), *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.
- Navarro, V., y Quiroga, A. (2003), *La protección social en España y su desconvergencia con la Unión Europea*. Sistema: Revista de ciencias sociales, n<sup>o</sup> 177.

- Otto y Pardo, I. de (1986), Estudios sobre Derecho estatal y autonómico, Madrid, Civitas.
- Pemán Gavín, J. (1992), Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales. Madrid, Civitas.
- Pérez Royo, J., Medina Guerrero, M., Carrasco Durán, M., y Barrero Ortega, A. (2006), El principio de unidad de mercado en la configuración del Estado Autonómico. Sevilla, Centro de Estudios Andaluces.
- Quadra-Salcedo Janini, T. (2004), Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EE UU y en la Unión Europea. Valencia, Tirant Lo Blanc.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. (2001), Los límites constitucionales del Estado Autonómico. Madrid, CEPC.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1998), Bases constitucionales del Estado autonómico. Madrid, McGrawHill.
- Suárez Corujo, B. (2006), La protección social en el Estado de las Autonomías. Madrid, Iustel.
- Tena Piazuelo, V. (1997), La unidad de mercado en el Estado autonómico. Madrid, Escuela Libre Editorial.
- Van der Mei, A. P. (2002), Freedom of movement for indigents: a comparative analysis of American constitutional law and European community law. Arizona Journal of International and Comparative Law, Fall.

## Trabajos publicados

- EP 1/1999 Cuadernos con alternativas 1. *Varios autores.*
- EP 2/1999 Cuadernos con alternativas 2. *Varios autores.*
- EP 3/1999 Bases para una reforma de la política. *Varios autores.*
- EP 4/2000 La educación a debate. *Victoria Camps.*
- EP 5/2000 Un pacto de Estado para la justicia. *Varios autores.*
- EP 6/2000 Sistema Nacional de Salud. *Javier Rey.*
- EP 7/2001 La Universidad Europea del Trabajo. *Varios autores.*
- EP 8/2001 La judicialización en la Unión Europea. Quién gana y quién pierde. *Antonio Estella.*
- EP 8 bis/2001 La liberalización de los servicios de interés económico general. Un modelo progresista dentro y para Europa. *Leonor Moral.*
- EP 9/2002 La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista. Posibilidades y límites. *Violeta Ruiz.*
- EP 10/2002 La participación de los españoles en elecciones y protestas. *Belén Barreiro.*
- EP 11/2002 La Constitución europea y la Carta de Derechos fundamentales. *María Luisa Fernández.*
- EP 11 bis/2003 El proceso constituyente europeo en sentido estricto. Relanzar la integración desde la ciudadanía. *Rosa Velázquez.*
- EP 12/2003 Las nuevas formas de participación en los gobiernos locales. *Eloísa del Pino y César Colino.*
- EP 13/2003 El proceso de globalización. Análisis de las propuestas alternativas al Consenso de Washington. *Carlos Garcimarin y Santiago Díaz de Sarralde.*
- EP 14/2004 El modelo social en la Constitución europea. *José Vida.*
- EP 15/2004 Los procesos migratorios. Alternativas al discurso dominante. *Arantxa Zaguirre.*
- EP 16/2005 La enseñanza de la religión católica en España. *Margarita Lema.*
- EP 17/2005 Ciudadanía y minorías sexuales. La regulación del matrimonio homosexual en España. *Kerman Calvo.*
- EP 18/2005 La financiación de las confesiones religiosas en España. *Alejandro Torres.*
- EP 19/2006 Propuestas para la reforma del sistema electoral español. *Rubén Ruiz.*
- EP 20/2006 Mujer y vivienda. Una aproximación al problema de la vivienda desde una perspectiva de género. *Jordi Bosch.*
- EP 21/2006 La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo. M.<sup>a</sup> *Ángeles Catalina Benavente.*
- EP 22/2006 Una propuesta para la enseñanza de la ciudad democrática en España. *Irene Martín Cortes.*
- EP 23/2006 Los símbolos y la memoria del Franquismo. *Jesús de Andrés Sanz.*
- EP 24/2007 Cambios en las relaciones de trabajo y derecho a la huelga. *Xavier Solà Monells y Daniel Martínez Fons.*
- EP 25/2007 Modelos familiares y empleo de la mujer en el Estado de bienestar español. *Almudena Moreno Minguéz.*
- EP 26/2007 La exclusión social: análisis y propuestas para su prevención. *Anabel Moriña Díez.*
- EP 27/2007 La reforma del Senado. *Alberto Penadés e Ignacio Urquizu-Sancho.*
- EP 28/2007 Un nuevo enfoque de la solidaridad autonómica a través de los Fondos de Compensación Interterritorial. *Roberto Fernández Llera y Francisco J. Delgado Rivero.*
- EP 29/2007 Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. *Yolanda García Ruiz.*
- EP 30/2008 El desarrollo de políticas públicas locales como garantes de la satisfacción de los ciudadanos. *Pablo Gutiérrez Rodríguez y Marta Jorge García-Inés.*
- EP 31/2008 El turismo residencial y las políticas públicas europeas. *Fernando J. Garrigós Simón y Daniel Palacios Marqués.*
- EP 32/2008 La economía social y su participación en el desarrollo rural. *Andrés Montero Aparicio.*
- EP 33/2008 Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición. *Pedro Brufao Curiel.*
- EP 34/2008 La dimensión territorial de la pobreza y la privación en España. *Jesús Pérez Mayo.*

- EP 35/2008 "Ampliar para ganar": las consecuencias electorales del crecimiento del Metro en Madrid, 1995-2007. *Luis de la Calle Robles y Lluís Orriols i Galve.*
- EP 36/2008 Las causas de la participación y sus consecuencias en el voto de centro y de izquierda en España. *Sebastián Lavezzolo Pérez y Pedro Riera Segrera.*
- EP 37/2008 El medio ambiente urbano en la Unión Europea. *Susana Borràs Pentinat.*
- EP 38/2008 Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos. *Ernesto Ganuza Fernández y Braulio Gómez Fortes.*
- EP 39/2008 Cataluña después del primer "Tripartit". Continuidad y cambio en patrones de comportamiento electoral. *Laia Balcells Ventura y Elna Roig Madorran.*
- EP 40/2009 La reducción de empleo y sus consecuencias en los resultados: un análisis de las empresas españolas. *Fernando Muñoz Bullón y María José Sánchez Bueno.*
- EP 41/2009 Flexicurity and Gender Equality: advancing flexicurity policies in Denmark and Spain. *Óscar García Agustín y Lise Rolandsen Agustín.*
- EP 42/2009 La cobertura de la situación de dependencia. *Djamil Tony Kahale Carrillo.*
- EP 43/2009 Políticas públicas y segregación residencial de la población extranjera en la Comunidad de Madrid. *Alfonso Echazarra de Gregorio.*

