

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DERECHOS DE LOS INMIGRANTES

LEGISLATION, CASE LAW AND THE RIGHTS OF MIGRANTS

José Antonio Montilla Martos

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada
montilla@ugr.es

Diego Boza Martínez

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Cádiz
dbozam@gmail.com

Ignacio García Vitoria

Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad Complutense de Madrid
iggarcia@ucm.es

José Luis Rodríguez Candela

Abogado, profesor de Derecho Penal, Universidad de Málaga
1922j@icamalaga.org

1. Introducción
2. La legalización de las devoluciones en caliente frente a la jurisprudencia sobre devolución, expulsión y protección subsidiaria
3. La anulación por el tribunal supremo de diversos contenidos del Reglamento regulador de los centros de internamiento de extranjeros
4. La incorporación de la «familia extensa» en el decreto de comunitarios
5. Algunas modificaciones del código penal que afectan a la política de inmigración y extranjería
 - 5.1. Expulsión sustitutiva de la pena
 - 5.2. Trata de seres humanos
 - 5.3. Tráfico de personas
6. La obtención de la nacionalidad por residencia
7. La prohibición de tratos inhumanos y degradantes y el derecho a la vida familiar como límites a las expulsiones de personas extranjeras en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
8. Conclusiones

PALABRAS CLAVE

Legislación, derechos de los extranjeros, vida familiar, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

KEY WORDS

Legislation, foreigners' rights, family life, Supreme Court, Constitutional Court, European Court of Human Rights

RESUMEN

El análisis de la legislación y la jurisprudencia en 2015 nos muestra una tendencia distinta entre ambas. La legislación continúa siendo restrictiva de los derechos de los extranjeros en España. Así lo muestra la *legalización* de las denominadas «devoluciones en caliente» en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, y también se advierte en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia. Por el contrario, en la jurisprudencia encontramos interpretaciones más garantistas de los derechos de los extranjeros, especialmente en relación con el derecho a la vida familiar. Y ello, tanto en la doctrina del Tribunal Supremo, que ha anulado diversos contenidos del Reglamento que regula los centros de internamiento de extranjeros, como en la del Tribunal Constitucional o en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

ABSTRACT

Analysis of the trends in legislation and case law in 2015 reveals differences between the two. Legislation continues to restrict the rights of foreigners in Spain. This is shown by the legalisation of the so-called “push-backs” at the border fences in Ceuta and Melilla; as well as in the process of acquiring nationality by residence. On the other hand, in case law we find interpretations that are more protective of the rights of foreigners, especially in relation to the right to family life. The legal doctrines of the Supreme Court – which has nullified various provisions of the regulation on immigrant detention centres – show this, as do those of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECHR).

1. INTRODUCCIÓN

Al analizar la legislación y la jurisprudencia relativa a inmigración durante 2015 resalta, en primer lugar, la escasez de material. Como hemos advertido en años anteriores, la inmigración ha salido de la agenda política al reducirse la presión migratoria en época de crisis, y ni siquiera la masiva llegada de refugiados a través de la frontera oriental de Europa parece haber provocado una especial atención política. En cualquier caso, en las escasas referencias se

LA INMIGRACIÓN HA SALIDO DE LA AGENDA POLÍTICA AL REDUCIRSE LA PRESIÓN MIGRATORIA EN ÉPOCA DE CRISIS, Y NI LA MASIVA LLEGADA DE REFUGIADOS POR LA FRONTERA ORIENTAL DE EUROPA PARECE HABER PROVOCADO UNA ESPECIAL ATENCIÓN POLÍTICA

advierde una diferente tendencia interpretativa entre la legislación y la jurisprudencia. Mientras la primera tiende a ser restrictiva en aras de impedir la entrada y permanencia irregular de extranjeros, la segunda tiene un sesgo más expansivo en garantía de los derechos de los inmigrantes, especialmente el derecho a la vida familiar.

Ejemplo paradigmático en el primer sentido es la discutible regulación del «rechazo en frontera» en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla que permite la devolución de quienes intentan entrar ilegalmente sin más trámites, las conocidas

como «devoluciones en caliente». También en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia se incorpora un examen de conocimientos constitucionales y socioculturales que deja un amplio margen a la discrecionalidad de la Administración para restringir o ampliar el número de concesiones. No tiene ese carácter, sin embargo, la modificación del Código Penal que ha actualizado el tratamiento de la expulsión sustitutiva del cumplimiento de pena, la trata de seres humanos o la colaboración en la entrada y permanencia irregular en España de personas extranjeras.

Por otra parte, en la jurisprudencia se advierte una tendencia más garantista de los derechos de los extranjeros. Destaca, en este sentido, la anulación por el Tribunal Supremo de diversos contenidos del Reglamento que regula los centros de internamiento de extranjeros por ser contrarios al derecho de la vida familiar o al derecho a la intimidad personal. Pero no es el único caso. En general, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han adoptado una actitud garantista de la persona migrada, atendiendo especialmente a su situación familiar.

Finalmente, se hace referencia a la doctrina del TEDH en cuanto enmarca y sirve de referencia a la actuación venidera de los órganos jurisdiccionales internos y del propio legislador en ámbitos tan relevantes como las mencionadas «devoluciones en caliente» o los límites a la expulsión vinculados a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o al derecho a la vida familiar.

2. LA LEGALIZACIÓN DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE FRENTE A LA JURISPRUDENCIA SOBRE DEVOLUCIÓN, EXPULSIÓN Y PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

La LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, añade una nueva disposición adicional 10, a la LODYLE en la que incorpora un supuesto específico de rechazo en frontera: las denominadas «devoluciones en caliente». En puridad, se pretende legalizar una práctica desarrollada en la valla que separa las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, respectivamente, del territorio de Marruecos. Las personas que saltan esa valla son devueltas inmediatamente a territorio marroquí, sin ningún trámite adicional. Estas actuaciones habían provocado diversos procedimientos judiciales de naturaleza penal e incluso la imputación de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado responsables de la vigilancia de la frontera. A su vez, se habían presentado y admitido varias demandas ante el TEDH aduciendo que se trataba de una expulsión colectiva prohibida en el artículo 4 del Protocolo 4, contraria al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe ser sometido a tratos degradantes y al derecho a un recurso efectivo del artículo 13 del Convenio, al no poder ser recurrida la expulsión. En ese contexto, esta modificación de la LODYLE, incluida durante su tramitación en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, pretende incorporar a nuestro ordenamiento jurídico esta modalidad específica de rechazo en frontera para la situación singular de Ceuta y Melilla.

El régimen jurídico se denomina «Régimen especial de Ceuta y Melilla» y se compone de tres elementos. En primer lugar, indica que los extranjeros detectados en la línea fronteriza de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. A continuación, indica que ese rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Finalmente, se incluye una referencia genérica al ejercicio del derecho de asilo al indicar que las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa de protección internacional.

Seguramente los dos elementos garantistas que se añaden a la regulación (el respeto a la normativa internacional de derechos humanos y el ejercicio del derecho de asilo) pueden dificultar

la práctica de este rechazo en frontera. En puridad, cuando la persona se encuentra en territorio español, en el que se incluye el terreno donde está construida la valla, estamos ante un supuesto de devolución inmediata sin aplicar las garantías de los derechos de la persona reconocidos en los tratados internacionales y en la misma ley de extranjería, como el derecho a la asistencia letrada y al intérprete, a fin de garantizar el posible acceso al derecho de asilo, al que se refiere el propio precepto, o impedir la devolución de menores de edad o víctimas de trata. En este sentido, el Comité de Naciones Unidas contra la tortura ha solicitado a España que revise esta legislación en cuanto la devolución se lleva a cabo «sin una evaluación previa del riesgo del retorno» e «impide el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado». En idéntico sentido, como se explica con más detalle en el último apartado de este texto, el TEDH ha pedido a España que alegue sobre dicha regulación con el fin de valorar si pudiese constituir una vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas. En el ámbito interno, también ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por más de 50 diputados de la oposición. Ciertamente, la constitucionalidad de esta disposición resulta discutible en cuanto, más allá de la referencia genérica al derecho de asilo, impide a los inmigrantes que ya se encuentran en territorio español recurrir esa actuación administrativa y poder acceder de forma efectiva al derecho a la protección internacional en cuanto no se ha previsto procedimiento alguno, pese a la previsión legal. Aunque el derecho de asilo se reconocerá en España en los términos que establezca la ley (art. 10.4 CE) resulta discutible que el legislador pueda imposibilitar el propio ejercicio del derecho.

En un sentido antagónico a este singular supuesto de devolución que puede afectar, como hemos visto, tanto a la tutela judicial efectiva como al derecho de asilo, los órganos jurisdiccionales han mantenido una actitud más garantista.

En relación con la devolución de extranjeros en situación irregular, el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia relevante en la que justifica la no ejecución de la devolución para no lesionar el derecho a la vida familiar. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (recurso de casación 4089/2014) analiza si procede admitir la revisión de oficio de una devolución por paternidad sobrevenida. El supuesto de hecho merece una breve explicación. En junio de 2010 se dictó orden de devolución contra el recurrente, por infringir una prohibición previa de entrada en España. La devolución era firme. En octubre de 2011 el recurrente interpuso una solicitud de revisión de oficio, que fue desestimada por silencio negativo. En la solicitud se pedía que se anulara la devolución porque el recurrente había sido padre de una menor de nacionalidad española. El nacimiento se había producido después de que se dictara la orden de devolución. El Tribunal Supremo estima el recurso contra la denegación presunta de la revisión de oficio y retrotrae las actuaciones para que la Delegación del Gobierno valore si la

devolución lesiona de forma desproporcionada el derecho a la vida familiar del recurrente. En el voto particular, se cuestiona que se puedan tener en cuenta circunstancias sobrevenidas para valorar la validez de una devolución firme.

También en relación con la protección de la vida familiar en el procedimiento de expulsión de extranjeros deben mencionarse diversas sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas a la línea jurisprudencial abierta por el Alto Tribunal sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE en dichos procedimientos de expulsión. La vulneración se produce en procedimientos en los que entre la presentación de la demanda y la fecha fijada para la vista transcurren dos años y seis meses (STC 74/2015), tres años (STC 87/2015) y dos años y tres meses (STC 88/2015). El Tribunal recuerda la relevancia de la resolución de expulsión por la afectación a un ámbito preferente de los derechos e intereses de la persona sobre la que recae al vincularse a la organización de su vida familiar y social que supone su permanencia en España. Por ello, la demora, incluso cuando responde a motivos estructurales, se considera una dilación indebida que da derecho a sentencias estimatorias del amparo; si bien estas sentencias no tienen mayor alcance que el reconocimiento del derecho vulnerado, puesto que en todos los casos cuando el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso de amparo el juzgado correspondiente ya había dictado sentencia, lo que no deja de resultar paradójico. En este breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal debe hacerse referencia también al ATC 90/2015, puesto que en el mismo se concede la suspensión de la ejecución de la expulsión objeto del procedimiento principal, algo relativamente poco habitual en materia de extranjería por parte del Alto Tribunal.

Más matices plantea la jurisprudencia de los tribunales inferiores cuando introduce dudas sobre el deber de motivación de la sanción de expulsión frente a la multa. Ejemplifica bien esta polémica la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de octubre de 2015 (Sentencia n.º 670/2015) pues los fundamentos de la Sentencia y el voto particular reflejan las dos interpretaciones posibles. La mayoría comienza recordando que la jurisprudencia ha exigido a la

EL COMITÉ DE LA ONU CONTRA LA TORTURA HA SOLICITADO A ESPAÑA QUE REVISE LA LEGISLACIÓN EN CUANTO A LAS DEVOLUCIONES (...) Y EL TEDH HA PEDIDO A ESPAÑA QUE ALEGUE SOBRE DICHA REGULACIÓN PARA VALORAR SI PUDIESE CONSTITUIR UNA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS

Administración motivar por qué opta por la expulsión cuando la infracción cometida es la estancia irregular. Se deben aportar datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias que sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión. A renglón seguido, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) sostiene que esta doctrina no es aplicable como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que se interpreta la Directiva de retorno. Según el TSJ, el Derecho comunitario obliga a imponer necesariamente la expulsión en los casos de estancia irregular, salvo que concurran circunstancias personales o familiares que lo impidan. En cambio, el voto particular defiende, de forma muy argumentada y matizada, que la doctrina previa sigue siendo aplicable porque es compatible con el Derecho de la Unión, en la medida en que la imposición de la multa puede ir acompañada de la imposición de una obligación de abandonar el territorio español.

Procede recordar en este sentido la STJUE de 23 de abril de 2015, dictada en el *Asunto C-38/2014*. Trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que debía optar entre confirmar la Sentencia de instancia que había aplicado la sanción de multa en lugar de la expulsión, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por el contrario, revocar la Sentencia y confirmar el acto administrativo de expulsión, si ello se opusiese a la Directiva de retorno. La cuestión se saldó declarando el TJUE que la Directiva de retorno «debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal que en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado impone, dependiendo de las circunstancias, bien una sanción de multa, bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí».

También en relación con la protección subsidiaria y el asilo se advierte una interpretación expansiva del Tribunal Supremo. Especial interés tiene la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 4 de noviembre de 2015 (recurso de casación 1046/2015) que concede la protección subsidiaria a una mujer congoleña que había sido captada mediante engaño para la explotación sexual. Lo relevante es que se concede la protección subsidiaria por la situación estructural de marginación e intimidación a las mujeres en el citado país. La Sentencia recuerda que en la concesión de la protección subsidiaria no se requiere la constatación de una persecución individual, que es lo específico del asilo, sino que debe valorarse la situación del país de origen y el riesgo de sufrir daños graves. La Sentencia hace referencia a que en el expediente consta un informe de la Comisión de Ayuda al Refugiado en Madrid en el que se describe una situación de marginación e intimidación de la mujer en el Congo y la insuficiencia de sus autoridades para encontrar una protección eficaz frente a las amenazas y abusos sexuales que sufre.

En cambio, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (recurso de casación 263/2015) rechaza la solicitud de protección subsidiaria de un senegalés cuando alegaba que en su país estaba en riesgo por ser homosexual. En Senegal está tipificada penalmente la homosexualidad. Sin embargo, la Sentencia señala que no se ha acreditado la aplicación de esta normativa penal discriminatoria. El TS considera que de los diferentes informes internacionales obrantes en el expediente no se desprende una persecución real y efectiva de las autoridades policiales o judiciales del Senegal para la aplicación efectiva de la normativa penal. Se resalta que «no consta que en los últimos años hayan existido condenas penales por tales prácticas y las escasas detenciones que se han producido por tal motivo han finalizado poniendo en libertad a los detenidos sin dirigirles acusación penal».

También puede mencionarse en la línea garantista de la situación de los extranjeros, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 5 de marzo de 2015 (recurso n.º 406/2014). En ella se analiza el recurso de un ciudadano venezolano al que se le había denegado el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Lo relevante es que el demandante había solicitado subsidiariamente a la Administración que se le concediera autorización de permanencia en España por razones humanitarias, alegando para ello su situación personal y familiar. La Administración se limita a señalar que esta petición excedía del análisis y valoración de la resolución de asilo. En contra de este criterio, la Audiencia Nacional considera que la Administración debió pronunciarse sobre la posibilidad de conceder una autorización de residencia. La Sentencia le pide a la Administración que resuelva sobre este punto y avanza además que «el regreso del actor a Venezuela conllevaría su inevitable sometimiento a los perjuicios y riesgos genéricos propios de la grave situación por la que atraviesa su país y esto, a su vez, podría agravar, todavía más y de manera importante, los efectos negativos de la situación de ruptura de sus relaciones familiares que, como consecuencia necesaria, produciría en cualquier caso su salida forzosa de España, apreciando, en este sentido, que los perjuicios que ocasionaría tal salida del actor serían singularmente relevantes respecto de su hija menor de edad».

En relación con el asilo mencionamos también dos sentencias de carácter procesal. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de octubre de 2015 (recurso de casación 1420/2015)

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN SOBRE «DEVOLUCIONES EN CALIENTE» RESULTA DISCUTIBLE EN CUANTO IMPIDE A LOS INMIGRANTES QUE YA ESTÁN EN ESPAÑA RECURRIRLA Y PODER ACCEDER DE FORMA EFECTIVA AL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

anula la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo y ordena retrotraer las actuaciones por falta de constancia de la renuncia a asistencia jurídica durante el procedimiento administrativo. En la diligencia de información de derechos no se hizo constar el resultado de la información sobre el derecho de asistencia letrada. En el apartado de las asistencias solicitadas se registró la solicitud de asistencia de interprete, pero se dejaron en blanco las casillas correspondientes a la solicitud de asistencia de abogado, lo que hace imposible conocer si el solicitante de asilo la solicitó, bien de su elección o de oficio, o si renunció a esa asistencia. La Sentencia recuerda que no son admisibles en esta materia renunciaciones presuntas o implícitas. Por último, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 23 de febrero de 2015 (recurso de casación 2944/2014) reconoce el derecho de asilo a un nacional de Kazajstán. La Administración le había denegado el derecho de asilo por considerar que constituía un peligro para la seguridad nacional. La Audiencia Nacional consideró que la Administración no había acreditado que concurriera este peligro y acordó la retroacción de las actuaciones para que en vía administrativa se valorase si el relato de persecución era congruente. EITS sostiene que el tribunal de instancia debió pronunciarse directamente sobre la concesión del asilo. Destaca que el peligro para la seguridad nacional no constituye causa de inadmisión, sino de denegación de la solicitud.

Finalmente, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2015 (Sentencia n.º 563/2015) resuelve el recurso presentado por un solicitante de asilo contra la denegación de una petición a la Administración de comunicación de ausencia de impedimento para trasladarse de Ceuta a la península Ibérica. La Sentencia reconoce el derecho del recurrente, que se encuentra en Ceuta y cuya solicitud de asilo había sido admitida a trámite, a desplazarse a la península. La Sentencia matiza que el recurrente podrá ser sometido a controles de identidad y de documentos cuando se desplace de Ceuta a la península, pero en ningún caso se le podrá impedir su derecho de libre circulación.

3. LA ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE DIVERSOS CONTENIDOS DEL REGLAMENTO REGULADOR DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

En cualquier caso, la Sentencia más relevante de las dictadas durante 2015 en materia de inmigración y extranjería es la del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015, que anula varios preceptos del Reglamento regulador de los centros de internamiento de extranjeros.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10 de febrero de 2015 (recurso 373/2014) estima parcialmente el recurso interpuesto por varias asociaciones de defensa de los derechos de los migrantes contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

El primer aspecto destacable se refiere a la posibilidad de que las unidades familiares tengan un alojamiento separado en el que puedan desarrollar su vida familiar. El Reglamento lo planteaba como una posibilidad, sin establecer garantías para su efectiva aplicación. Sin embargo, la Sentencia defiende el carácter incondicionado de ese derecho de las familias a tener un alojamiento separado. En ese sentido, se declara la nulidad del inciso «en la medida de lo posible» del artículo 7.3, segundo párrafo. También se ha declarado nulo el fragmento «y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar» del artículo 16.2.k). En ambos preceptos del Reglamento se condicionaba el derecho de las unidades familiares a tener un alojamiento separado, ante la eventual carencia de medios y espacios en los centros de internamiento. El Tribunal Supremo considera que ambos preceptos son contrarios a la Directiva de retorno, donde se establecería un derecho de carácter incondicionado. Por el mismo motivo, se declara inaplicable el artículo 62.bis.1.i) de la LODYLE, donde se recoge el derecho de los extranjeros a tener en su compañía a sus hijos menores siempre que «existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar». El TS considera que la contradicción con la Directiva es manifiesta, por lo que rechaza plantear una cuestión prejudicial y declara directamente inaplicable la ley española. El planteamiento del Tribunal Supremo tiene interesantes consecuencias en cuanto declara nula la disposición reglamentaria no por ser contraria a la ley, que no lo es en sentido estricto, sino por ser contraria a la Directiva comunitaria. Sin embargo, el precepto legal contrario a la Directiva se mantiene vigente siendo desplazado, pues ese es el efecto sobre la ley, como se sabe, del principio de primacía del Derecho Europeo. Lo lógico desde la perspectiva de una adecuada depuración del ordenamiento en este caso es que el Tribunal Supremo hubiera planteado una cuestión de inconstitucionalidad para que resultara anulado también el precepto legal contrario a la Directiva. Sin embargo, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha rechazado incorporar las directivas europeas al parámetro de control de constitucionalidad¹.

MIENTRAS LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO CONTINÚA SIENDO RESTRICTIVA, CON LA PRETENSIÓN DE LIMITAR LA ENTRADA Y PERMANENCIA DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR, LA JURISPRUDENCIA TIENE UN SESGO MÁS EXPANSIVO EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES

1. Véase una propuesta de interpretación de lo previsto en la LODYLE de forma que resulte conforme a la Directiva de retorno en: D. Boza, J. L. Rodríguez Candela, J. A. Montilla, I. García Vitoria. «Tribunales y derechos en un contexto de continuidad normativa en España», en: J. Arango, D. Moya, J. Oliver, E. Sánchez Montijano (dir.). *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la inmigración en España 2014*. Barcelona: CIDOB, 2015, p. 199-200.

También se prohíbe de manera taxativa un nuevo internamiento por las mismas causas previstas en un mismo expediente de expulsión. En ese sentido, se declara la nulidad del inciso primero del apartado 3 del artículo 21 del Reglamento, que permitía solicitar «un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de 60 días, por el período que resta hasta cumplir este». Se corrige además la redacción del segundo inciso, que queda de la siguiente forma: «Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido». El motivo es la contradicción con el artículo 62.2 LODYLE, que prohíbe de manera absoluta un nuevo internamiento por «cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente».

Por último, se mantiene que solo puede acordarse un registro personal cuando haya sospechas racionales sobre la persona concreta. Se anula el artículo 55.2 del Reglamento, que regula los registros personales, por no respetar el derecho a la intimidad. EITS considera que la formulación de dos requisitos distintos y alternativos para proceder a un registro personal, como son la seguridad en el centro o las sospechas sobre el interno, es contraria a la jurisprudencia constitucional pues ambos supuestos debían ser concurrentes (se toma como referencia la STC 17/2013, de 31 de enero). Se subraya que sería inconstitucional permitir registros de internos sin necesidad de que existan sospechas racionales sobre las concretas personas afectadas. La Sentencia invita al Gobierno a aprobar una nueva redacción del Reglamento. Mientras tanto, dispone que se aplique directamente la Ley y señala que los registros en los centros de internamiento de extranjeros solo podrán realizarse cuando resultase necesario para garantizar la seguridad del centro, respecto de aquellos internos sobre los que existiesen motivos racionalmente fundados para creer que esconden objetos o sustancias prohibidas.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA «FAMILIA EXTENSA» EN EL DECRETO DE COMUNITARIOS

En otro orden, debemos referirnos a la inclusión de la denominada «familia extensa» u «otros miembros de la familia» en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros, como consecuencia del Real Decreto 987/2015, que incorpora un nuevo artículo 2 bis.

La Directiva 2004/38/CE consideraba que para mantener la unidad de la familia los estados miembros deben facilitar la entrada y residencia de otros miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Esa familia extensa se refiere, según la citada Directiva, a cualquier otro miembro de la familia que en el país de procedencia esté a cargo o conviva con el ciudadano de la Unión beneficiario del de-

recho de residencia con carácter principal o cuando por motivos graves de salud sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Además, también se considera miembro de la familia extensa a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable debidamente probada. Para determinar el concepto de «estar a cargo» debemos atenernos a lo establecido por el TJUE en su Sentencia de 16 de enero de 2014 (Asunto *c-423/12 Reyes*) según la cual la calidad de miembro de la familia «a cargo» deriva de una situación de hecho caracterizada por que el ciudadano de la Unión o su cónyuge garantizan la tenencia y disponibilidad de recursos económicos suficientes para la subsistencia del miembro de la familia. En realidad, el TJUE no obliga a acoger todas las solicitudes de entrada o de residencia presentadas por los miembros de la familia extensa, aunque demuestren que están a cargo de dicho ciudadano (Asunto *c-83/11, Rahman*), por lo que los estados pueden establecer criterios objetivos para determinar cuándo son admisibles las solicitudes de la familia extensa.

En la jurisdicción ordinaria española la determinación de cuándo una persona está «a cargo» sigue siendo conflictiva. Así, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de octubre de 2015 (recurso de casación 1373/2015) considera procedente la denegación de la solicitud de reagrupación familiar presentada por la hija de 21 años de una persona de nacionalidad española. La Sentencia señala que la circunstancia de que la hija percibiera remesas procedentes de su progenitora no permite concluir que viva exclusivamente y de forma efectiva a cargo de su madre reagrupante. La Sentencia recuerda que para interpretar la expresión «a cargo» se debe acudir a la interpretación uniforme de dicho concepto jurídico indeterminado llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión.

Con estos parámetros, el nuevo artículo 2 bis del Real Decreto 240/2007 establece que se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones de ese Real Decreto sobre entrada y residencia para otros familiares del ciudadano de un Estado miembro, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 (cónyuge, pareja registrada, ascendientes o descendientes del ciudadano o del cónyuge), siempre que en el país de procedencia estén a su cargo o vivan con él o que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. También será aplicable, como establece la directiva europea, a la pareja de hecho (no registrada) con la que mantenga una relación estable debidamente probada. Se entiende que concurre esta circunstancia cuando se acredite un tiempo de convivencia marital de al menos un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada. Todos estos supuestos se incluían antes en el régimen general conforme a la disposición adicional vigésimo tercera del RD 557/2011.

Ahora, los miembros de la familia extensa, siempre que cumplan los requisitos previstos en la normativa, contarán con una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión y no con una autorización de residencia y trabajo de régimen general. Se ampara para ello el Gobierno español en la jurisprudencia del TJUE, según la cual los estados miembros pueden establecer criterios objetivos para determinar cuándo son admisibles y el régimen específico aplicable. En cualquier caso, es evidente que se facilita a estas personas el acceso a la documentación por una vía más fácil que la derivada del régimen general.

5. ALGUNAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL QUE AFECTAN A LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

En este repaso a la legislación del Estado sobre inmigración y extranjería no podemos soslayar la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, en cuanto incorpora modificaciones en al menos tres ámbitos relevantes a nuestro objeto: la expulsión sustitutiva de la pena, la trata de seres humanos y el tráfico de personas, aunque estos supuestos no se enmarcan en la apuntada tendencia restrictiva.

5.1. Expulsión sustitutiva de la pena

Pese a la conversión de otros sustitutivos penales en suspensiones de la pena condicionadas, con la reforma operada en el Código Penal, se sigue manteniendo la Sección 2ª del Capítulo III, referida a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, donde se ubica el artículo 89, que ha quedado como único sustitutivo penal. El artículo 89 establece un límite mínimo de pena que puede ser sustituida, en función del principio de proporcionalidad y es el año de pena privativa de libertad, con la vocación de coordinarse con el artículo 57.2 LODYLE, es decir con la expulsión administrativa del extranjero condenado. No existe límite máximo, razón por la que se introducen unos períodos de seguridad sobre la base de la necesidad de defensa del orden jurídico y la de restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida. Estos períodos de seguridad son los siguientes:

– Penas entre 1 y 5 años. Es excepcional el establecimiento de período de seguridad. Si se estableciese, por exigencia de la defensa del orden jurídico, no podrá ser superior a dos tercios de la pena, al tercer grado o la libertad condicional.

– Penas superiores a 5 años. Desaparece la excepcionalidad. Puede establecerse un período de seguridad si es necesario para la defensa del orden jurídico, no de forma obligatoria, en el tiempo que el juez determine, nunca más allá del tercer grado o libertad condicional.

El sustitutivo puede aplicarse a los extranjeros en situación de regularidad administrativa y a los ciudadanos comunitarios si su actuación supone un atentado grave al orden público. También se introduce en el apartado 4º del art. 89 la protección frente a la expulsión por razones de arraigo personal si la expulsión fuese desproporcionada. Si se incumple la prohibición de entrada de 3 a 5 años impuesta el precepto permite una modulación de la pena a cumplir, en función del tiempo que el extranjero haya estado fuera del territorio nacional y de las circunstancias de su incumplimiento.

Finalmente, entre los delitos a los que no será de aplicación esta sustitución del cumplimiento de la condena por la expulsión del territorio nacional incluye el art. 177 bis, referido a la trata de seres humanos.

En lo referente a la reforma legislativa, hay en la jurisprudencia ordinaria nuevos ejemplos sobre la necesidad de ponderar los efectos en la vida familiar de la expulsión de extranjeros con antecedentes penales. Puede citarse, como muestra de las sentencias en las que se estima el recurso contra la expulsión, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 octubre de 2015 (Sentencia n.º 462/2015). La expulsión que se anula se había impuesto por estancia irregular y se habían tenido en cuenta los antecedentes penales para motivar la elección de la sanción. La Sentencia hace referencia a la jurisprudencia del TEDH y a la STC 186/2013, de 4 de noviembre.

5.2. Trata de seres humanos

En relación con la trata de seres humanos, la diferencia respecto a la regulación anterior más relevante es que se incluye entre las situaciones que constituyen presupuesto habilitante de la comisión del delito la «entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima». Además, entre las finalidades que configuran el supuesto de hecho, a la imposición de trabajos forzados o esclavitud, la explotación sexual y la extracción de órganos se añade ahora la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados. Finalmente se define que existe situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

5.3. Tráfico de personas

Por último, en relación con el tráfico de personas se modifica el art. 318 bis para clarificar la regulación. La vigente redacción del precepto viene a solucionar la redacción originaria del tipo, demasiado amplia y abierta, formulándolo de forma mucho más concreta. Desaparecen las formas

verbales abiertas que creaban inseguridad jurídica, sustituidas por la ayuda intencionada, concepto jurídico mucho más concreto y que transforma el tipo de peligro en un tipo de lesión, permitiendo las formas imperfectas de ejecución. No sucede lo mismo con las formas de participación, pues en el propio precepto se está castigando una forma de participación en una conducta no punible del «autor», que es el inmigrante en situación irregular.

Junto a la ayuda a la entrada ilegal, se incorporan conductas tales como la ayuda al tránsito por España y a la permanencia ilegal con ánimo de lucro, lo que supone una ampliación de las conductas punibles. Por otro lado, se introduce una causa de justificación, estado de necesidad, para convertir la conducta del apartado 1º en lícita cuando el objetivo del autor fuese prestar ayuda humanitaria, circunstancia que antes solo podía provocar una atenuación de la pena.

Al desaparecer las conductas de tráfico de personas, por exigirse en todo caso la voluntariedad del inmigrante, las penas del tipo básico han bajado considerablemente, optándose por la sanción alternativa de multa de 3 a 12 meses o de prisión de 3 meses a 1 año, lo que lo convierte en un delito leve conforme al artículo 13.4 del Código Penal.

También en relación con la trata de seres humanos, la LO 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha incluido en su disposición final segunda una leve modificación de la ley de extranjería. En concreto, se ha ampliado de 30 a 90 días el período de restablecimiento y reflexión que se puede conceder a las personas extranjeras en situación irregular que han sido identificadas como víctimas de trata de seres humanos. Durante ese período la víctima puede decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. No se les podrá incoar expediente sancionador y se suspenderá el que, en su caso, hubiere sido incoado, así como la ejecución de la expulsión o la devolución eventualmente acordadas. Durante ese período se le autorizará la estancia temporal y las administraciones velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, por la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España. Ese período podrá ser ampliado tras evaluar la situación personal de la víctima.

6. LA OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD POR RESIDENCIA

Otro aspecto destacable de la regulación estatal sobre extranjería se refiere a la nueva regulación de la obtención de la nacionalidad española por residencia. La disposición final séptima de la Ley 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, establece el procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por

residencia. La justificación es la necesidad de agilizar dicha tramitación en cuanto su duración es excesivamente larga, lo que dificulta la integración definitiva del extranjero en la sociedad de acogida a través de la obtención de la nacionalidad. En este sentido, se señala que el procedimiento tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la Dirección General de los Registros y el Notariado, superando el carácter mixto, judicial y administrativo, que ha tenido hasta ahora. Finaliza con la resolución del ministro de Justicia. En definitiva, se pretende establecer un procedimiento más ágil con objeto de poner fin a los retrasos que se vienen produciendo.

Sin embargo, a su vez, la Ley concreta las pruebas que deberán superarse para acreditar el suficiente grado de integración en la sociedad española, condición *sine qua non* para adquirir la nacionalidad española. En concreto, la primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma de español como lengua extranjera (DELE). Estarán exentos, obviamente, los solicitantes nacionales de países o territorios donde el español sea idioma oficial. En la segunda prueba se valorará el conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural española. Dichas pruebas serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

El Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula dicho procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia incorpora las previsiones específicas relativas a la regulación de las pruebas objetivas tanto del DELE como de los conocimientos constitucionales y socioculturales. Además, se establecen normas específicas para los extranjeros que son personal al servicio de las Fuerzas Armadas. Se entiende que en ese supuesto la dilación en la adquisición de su condición de españoles puede tener consecuencias perjudiciales no solo desde el punto de vista de su situación profesional, sino también para la Defensa Nacional.

Seguramente, el aspecto más polémico de esta regulación es la necesidad de superar la prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales en cuanto no existe forma de objetivar el grado de dificultad, a diferencia de lo que ocurre en la prueba de idioma en la que se utiliza un criterio general de conocimiento de idioma, aplicable en cualquier circunstancia y a cualquier extranjero, más allá de la obtención de la nacionalidad. El Reglamento únicamente indica que la prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales estará formada por un 60% de preguntas relativas a conocimientos sobre la Constitución y la organización administrativa y territorial de España y por un 40% de cuestiones sobre la cultura, la historia y la sociedad española. A partir de ahí, la Administración cultural establece con absoluta libertad el grado de dificultad de una prueba de la que depende la adquisición de la nacionalidad española por la persona residente en España.

También en relación con la obtención de la nacionalidad, debe mencionarse la Ley 12/2015, de concesión de nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. Hasta la aprobación de esta Ley los sefardíes podían obtener la nacionalidad española a través de dos vías. Por un lado, probando su residencia legal en España durante dos años, de forma que eran asimilados a los nacionales de otros países con especial vinculación con España, como los iberoamericanos. Por otro lado, por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. Lo que hace ahora la Ley es concretar que concurren dichas circunstancias excepcionales en el caso de los sefardíes originarios de España que prueben dicha condición y su especial vinculación con España. Entre la documentación solicitada adquiere singular relevancia el certificado expedido por la Federación de Comunidades Judías de España. La adquisición de la nacionalidad española por parte de los sefardíes no conlleva a partir de ahora la necesidad de renunciar a la previamente ostentada.

7. LA PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR COMO LÍMITES A LAS EXPULSIONES DE PERSONAS EXTRANJERAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

Es bien sabido que la jurisprudencia en inmigración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha construido sobre la base de la configuración de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del derecho a la vida familiar del artículo 8 del mismo Convenio como límites a las expulsiones de personas extranjeras.

Aunque posteriormente se profundizará sobre las novedades en esta materia, conviene iniciar este resumen con la referencia a un caso de aplicación del artículo 8 del Convenio relacionado con España. Se trata del caso *G. V. A. contra España* que trae origen en la STC 186/2013 y que, aunque no ha dado lugar a una sentencia del TEDH, resulta trascendente puesto que España ha reconocido que en ese caso la aplicación del artículo 57.2 LODYLE para la expulsión de la madre de una ciudadana española vulneraba el artículo 8 CEDH. Esta declaración unilateral ha sido aceptada por el TEDH en su decisión de 17 de marzo de 2015 (Decisión de la Sala Tercera del TEDH de 17 de marzo de 2015, demanda n.º 35765/14).

Igualmente, en relación con España, se presentaron el 12 de febrero de 2015 sendas demandas por las denominadas devoluciones en caliente en Melilla y su afectación al artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio, a lo que ya hemos hecho referencia. Estas demandas han sido admitidas a trámite mediante la decisión del TEDH, de 30 de julio de 2015, en el caso *N. D. y N. T. contra España* (demandas n.º 8675/15 y 8697/15). A este respecto, resulta interesante señalar que una de las

corrientes jurisprudenciales desarrolladas por el TEDH recientemente ha sido la de la vulneración del artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio que prohíbe las expulsiones colectivas.

Recientemente, el TEDH ha apreciado vulneraciones de este precepto en dos ocasiones. En lo que aquí respecta, el supuesto más interesante es el del caso *Sharifi y otros contra Italia y Grecia* (STEDH de 21 de octubre de 2014)². El Estado transalpino fue condenado por el retorno de varios afganos que habían llegado al puerto de Ancona y que fueron devueltos a Grecia sin permitirse-les presentar las correspondientes demandas de asilo.

De esta Sentencia conviene destacar un párrafo en el que el Tribunal de Estrasburgo recupera aquello que afirmó en la Sentencia *Hirsi Jamaa* «[S]in poner en cuestión ni el derecho de los estados a establecer soberanamente sus políticas migratorias en materia de inmigración, eventualmente en el marco de la cooperación bilateral, ni las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea, el Tribunal subraya que las dificultades que pueden encontrar en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no sirven para justificar el recurso a prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos» (STEDH *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, párrafo 224).

En este caso, además, el Tribunal condenó a Italia por vulnerar el artículo 3 al devolver a los recurrentes hacia Grecia en aplicación del Reglamento de Dublín. Destaca el Tribunal el hecho de que el Estado italiano no había analizado la situación de los recurrentes en caso de ser enviados a Grecia al haberse procedido a la expulsión colectiva sin ofrecer ninguna información ni realizar ningún estudio sobre los retornados.

También relacionado con el Reglamento de Dublín se encuentra el caso *Mohammadi contra Austria* (STEDH de 3 de julio de 2014). En esta ocasión, se establecía el retorno del recurrente hacia

LA JURISPRUDENCIA EN INMIGRACIÓN DEL TEDH SE HA CONSTRUIDO SOBRE LA BASE DE LA PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES DEL ARTÍCULO 3 Y DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DDHH COMO LÍMITES A LAS EXPULSIONES DE PERSONAS EXTRANJERAS

2. El otro caso en el que se ha señalado la aplicación del artículo 4 del Protocolo 4 ha sido la STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia contra Rusia* (I) que se enmarca en el conflicto político mantenido entre Rusia y Georgia durante el otoño del año 2006.

Hungría y precisamente ese retorno era el que denunciaba el señor Mohammadi. Sin embargo, el Tribunal rechazó el recurso y para ello destacaba el hecho de que ACNUR nunca había requerido a ningún Estado miembro que se abstuviera de devolver solicitantes de asilo hacia Hungría. El riesgo, por tanto, de sufrir un trato contrario al artículo 3 no se consideraba real.

En todo caso, las sentencias referidas ponen de relieve que el Tribunal de Estrasburgo no acepta que los automatismos del Reglamento de Dublín de asilo puedan justificar, por sí solos, las vulneraciones de los preceptos del Convenio.

En sus líneas más tradicionales, el TEDH ha continuado explorando la aplicación del artículo 3 como límite a la expulsión. A este respecto, parece adecuado traer a colación dos sentencias en las que el TEDH ha condenado a Francia por la inminente expulsión de dos personas a Sudán (SSTEDH de 15 de enero de 2015, *A. A. contra Francia* y *A. F. contra Francia*). El TEDH realiza un análisis de la situación de la región de Darfour para considerar que los recurrentes, de la tribu «Birqid» y de etnia tunjur, respectivamente, correrían peligro grave de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH si eran enviados a Sudán. Se insiste con ello en la idea de que el riesgo relacionado con el artículo 3 tiene que estar vinculado al sujeto concreto.

A este respecto, también resulta reseñable que el TEDH, retornando al origen de esta doctrina³, haya considerado que la extradición de un acusado de terrorismo a los Estados Unidos resulte contraria al artículo 3 del Convenio (STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi contra Bélgica*). La razón estriba en que la pena que se le podía imponer era la cadena perpetua y la misma puede suponer un trato contrario al artículo 3 del Convenio.

Otro supuesto especialmente interesante es el del caso *A. A. y otros contra Suecia* (STEDH de 24 de julio de 2014)⁴. En este asunto la cuestión esencial era una discrepancia acerca de si los recurrentes provenían de Somalilandia o de otra zona de Somalia. El Tribunal plantea un peculiar razonamiento hipotético. Entiende que dado que la expulsión va a ser ejecutada por instancias policiales, la misma no vulnera el artículo 3 porque, si los sujetos no son aceptados en Somalilandia, las autoridades suecas deberán hacerlos regresar al país nórdico y, de esta forma, no corren riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes.

3. Recordamos que la primera ocasión en la que el artículo 3 se interpretó en este sentido fue en la STEDH de 7 de julio de 1989, *Söering contra Reino Unido*, precisamente ante una posible extradición a los Estados Unidos, concretamente al Estado de Virginia, de un acusado de homicidio.

4. También se imponen especiales condiciones en la deportación en la STEDH de 18 de noviembre de 2014, *Senchishak contra Finlandia*. En este caso se somete la deportación a la necesidad de que se realice mediante ambulancia.

En la aplicación del artículo 3 durante este período resulta conveniente destacar los posicionamientos del TEDH en relación con personas que padecen una enfermedad. Se trataba de supuestos de recurrentes con enfermedades físicas (STEDH de 26 de febrero de 2015, *M. T. contra Suecia*) o mentales (SSTEDH de 14 de abril de 2015, *Tatar contra Suiza* y de 30 de junio de 2015, *A. S. contra Suiza*) argumentando que su expulsión podría ocasionarles tratos inhumanos por su salud. Sin embargo, el TEDH en todos estos casos ha considerado que no se daban los requisitos marcados por su jurisprudencia. Exigen estos que el sujeto se encuentre en la última fase de una enfermedad terminal sin posibilidad de cuidados médicos o apoyo familiar en el Estado de destino (STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. contra Reino Unido*). Ciertamente, estos posicionamientos resultan bastante discutibles y, de hecho, en todos ellos se encuentran opiniones disidentes de jueces del Tribunal.

El argumento de la enfermedad de la persona cuya expulsión se pretende también se ha vinculado en la argumentación de recursos por vulneración del derecho a la vida familiar. El caso más relevante a este respecto es el de *Khan contra Alemania* (STEDH de 23 de abril de 2015)⁵, en el que se expulsaba a la esposa de un refugiado paquistaní en Alemania que vivía en territorio germano desde 1994 y que había sido condenada por matar a un vecino. No obstante, la condena apreció la condición de inimputable por padecer una grave enfermedad mental. Pese a ello, el TEDH aceptó la expulsión sin considerar la vulneración del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, obviando las condiciones mentales de la recurrente que deberían haber sido tenidas en cuenta en la valoración de la infracción cometida⁶.

En relación con el artículo 8, el TEDH continúa el desarrollo de una nueva línea jurisprudencial según la cual el respeto al derecho a la vida familiar no se configura únicamente como un límite a las expulsiones, sino también como fuente de obligaciones positivas inherentes al efectivo ejercicio de este derecho.

En esta línea se enmarca la Sentencia *Jeunesse contra Países Bajos* (STEDH de 3 de octubre de 2014) en la que el Tribunal condenó a Holanda por no conceder autorización de residencia a una ciudadana de Surinam que residía en La Haya desde el año 1998 con su esposo, también surinamés pero hijo de un nacional holandés y los hijos de ambos. En el mismo ámbito se ubica la Sentencia *Muradeli contra Rusia* (STEDH de 9 de abril de 2015), si bien en esta ocasión el TEDH no ha considerado vulnerado el artículo 8 por la negativa a permitir la entrada en Rusia a un ciudadano georgiano casado

5. También en la misma línea se puede citar la STEDH de 2 de abril de 2015, *Sarközi y Mahran contra Austria*.

6. Véase a este respecto la opinión disidente del juez Zupancic en la STEDH *Khan contra Alemania*.

y con un hijo de nacionalidad rusa, puesto que el solicitante había vulnerado en diversas ocasiones la normativa de extranjería, lo que ponía de relieve su falta de respeto por las leyes rusas.

Especial consideración en este aspecto han tenido las autoridades francesas en cuanto a los procedimientos de concesión de visados. Hasta en tres ocasiones ha resultado condenado el Estado galo por vulnerar el artículo 8 del Convenio. Han sido todos ellos casos en los que el TEDH define como vulneraciones procedimentales por no resolver ciertos expedientes de visados de reagrupación familiar que tardaron entre tres y cinco años en resolverse (SSTEDH de 10 de julio de 2014, *Senigo Lounge y otros contra Francia, Tanda-Muzinga contra Francia y Mugenzi contra Francia*).

Para cerrar este análisis conviene también hacer referencia a un caso que, si bien no está vinculado a la extranjería –de hecho la recurrente era de nacionalidad francesa– tiene implicaciones en materia de inmigración, especialmente, en relación con la integración en Europa de la población extranjera que profesa la religión musulmana. Se refiere el asunto a la prohibición del burka y el niqab en Francia a raíz de la Ley de 11 de octubre de 2010 (STEDH de 1 de julio de 2014, *S. A. S. contra Francia*).

A este respecto, la recurrente planteaba si la prohibición del uso de los elementos que cubren el rostro de la mujer vinculados con la religión musulmana y las sanciones que de esta prohibición se derivaban resultaban conformes con el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH y a la libertad de religión tal y como la define el artículo 9 del Convenio⁷. El TEDH ha considerado que esta prohibición entra dentro del margen de apreciación del Estado y resulta proporcionada con las limitaciones que los artículos 8 y 9 CEDH toleran para la vida privada y la libertad religiosa puesto que se concibe con el objetivo de preservar las condiciones de la vida en común, lo que supone un elemento de la protección de los derechos y las libertades y, por tanto, resulta necesaria en una sociedad democrática y acorde al Convenio.

8. CONCLUSIONES

Procede reiterar como conclusión la idea que se planteaba al inicio de estas páginas. Mientras la legislación del Estado continúa siendo restrictiva, con la pretensión de limitar la entrada y permanencia de extranjeros en situación irregular, la jurisprudencia tiene un sesgo más expansivo en garantía de los derechos de los inmigrantes, especialmente el derecho a la vida familiar, con la influencia de la doctrina del TEDH.

7. Un análisis más pormenorizado de este caso puede verse en el n.º 37 de la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* con los artículos de Areces Piñol y Camarero Suárez.

En el primer sentido resalta la discutible regulación de las «devoluciones en caliente» o la incorporación de un discrecional examen de conocimientos constitucionales y socioculturales en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia. En el segundo, destaca la anulación por el Tribunal Supremo de diversos contenidos del Reglamento que regula los centros de internamiento de extranjeros por ser contrarios al derecho a la vida familiar o al derecho a la intimidad personal, así como diversas sentencias del Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional que pretenden garantizar la vida familiar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Areces Piñol, M. T. «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos valida la Ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 37 (2015).

Boza, D.; Rodríguez-Candela, J. L.; Montilla, J. A. y García-Vitoria, I. «Tribunales y derechos en un contexto de continuidad normativa en España», en: Arango *et al.* *Anuario de la Inmigración en España 2014* (2015), p. 193 y ss.

Camarero Suárez, V. y Zamora Cabot, F. J. «La Sentencia del TEDH en el caso *S. A. S. contra Francia*: un análisis crítico». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 37 (2015).

