

POLÍTICA Y NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO ¿Bajo perfil o inacción?

SPANISH IMMIGRATION
AND ASYLUM POLICY
AND REGULATIONS
Inaction
or low profile?

José Antonio Montilla Martos

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

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. El incumplimiento del acuerdo sobre acogida de refugiados
3. La exclusión de los extranjeros en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria
4. La ponderación de las circunstancias personales y familiares en la expulsión del residente condenado
5. La especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo vinculados a la expulsión de extranjeros
6. La alternativa entre multa y expulsión
7. Algunos problemas en la aplicación de la legislación de asilo
8. La llamativa escasez de nuevas normas en materia de inmigración y extranjería
9. Los planes de inmigración de las comunidades autónomas
10. Conclusiones

PALABRAS CLAVE

Inmigración, asilo, normativa española,
jurisprudencia

KEY WORDS

Immigration, asylum,
Spanish regulation, jurisprudence

RESUMEN

El balance de la actividad normativa a nivel de España durante el período comprendido en este anuario (enero de 2016-junio de 2017) resulta muy limitado; apenas hay iniciativa normativa alguna y el Gobierno ha adoptado un perfil más bajo incluso que en años anteriores, que ya se caracterizaba por un enfoque en el que predominaba la gestión, muy centrado en el programa de reubicación de refugiados que, sin embargo, arroja resultados decepcionantes. La acción de los tribunales cobra en este contexto cierto protagonismo, con sentencias relevantes como la que avala la exclusión sanitaria de los extranjeros irregulares, pero también las que condenan el uso de las devoluciones en caliente o las expulsiones sin valorar la reagrupación familiar, entre otras.

ABSTRACT

When examined, regulatory activity at national level during the period covered by this annual (January 2016 to June 2017) turns out to be very limited; there is hardly any regulatory initiative at all and the government has kept an even lower profile than in previous years, which were characterised by a focus on management with the refugee relocation programme at the centre, and the results of which nevertheless proved to be disappointing. In this context, the activity of the courts has taken a degree of centrality, with significant rulings such as the endorsement of the exclusion of irregular non-nationals from healthcare, but also those condemning the use of forced expulsion without evaluating family reunification, among others.

1. INTRODUCCIÓN

Como se viene advirtiendo en los últimos años en este anuario, el marco normativo de la inmigración en España está absolutamente estancado, tanto si atendemos al ordenamiento general del Estado como si lo hacemos a los ordenamientos autonómicos¹. La inmigración salió de la

RESULTA DIFÍCIL SITUAR EL PAPEL DE LA OPOSICIÓN PARLAMENTARIA, PARTICULARMENTE SI TENEMOS EN CUENTA QUE ESTA PODRÍA EJERCER MUCHA MÁS PRESIÓN SOBRE EL GOBIERNO A POCO QUE ACTUARA DE MANERA CONCERTADA EN EL ÁMBITO LEGISLATIVO

agenda política y no ha vuelto a incorporarse. Si bien durante una parte del período cubierto por esta crónica tal inactividad legislativa pudiera explicarse por el bloqueo parlamentario previo a la investidura de Mariano Rajoy como presidente del Gobierno, lo cierto es que tampoco tras su investidura se han presentado propuestas legislativas en la materia, seguramente por la dificultad de restañar heridas de los tres principales grupos parlamentarios de la oposición. A nivel reglamentario tampoco ha habido actividad relevante que reseñar, a pesar de que Mariano Rajoy lleva ininterrumpidamente en el Gobierno desde diciembre de 2011, por lo que, si bien su

Gobierno estuvo en funciones durante 2016, en todo caso se detecta una continuidad en la línea de acción gubernamental en este ámbito. Más difícil resulta situar el papel de la oposición parlamentaria, particularmente si tenemos en cuenta que esta podría ejercer mucha más presión sobre el Gobierno a poco que actuara de manera concertada en el ámbito legislativo y no solo en el del control al Gobierno. En efecto, mientras en el primero apenas hemos visto iniciativas legislativas de los grupos parlamentarios de la oposición durante este inicio de Legislatura, sí se observa en el segundo ámbito una cierta evolución, desde la muy inicial y amplia interpelación urgente en el Congreso sobre la política de asilo del Gobierno (n.º 173/000009, de 20 de diciembre de 2016) cuya moción posterior resultó rechazada en parte por su exceso de ambición, a la más concreta, consensuada y exitosa interpelación con moción sobre los compromisos de ubicación y reasentamiento de España (n.º 173/000046, de 10 de octubre de 2017), ampliamente apoyada por la oposición al Gobierno, un tema del que nos ocuparemos seguidamente.

¹ La normativa y jurisprudencia reseñadas en este artículo cubren el período comprendido entre enero de 2016 y junio de 2017, en la medida en que ya hayan sido publicadas. No obstante, puede ocurrir con algún proyecto normativo o sentencia relevante que se hubieran reseñado ya en ediciones anteriores del *Anuario CIDOB de la Inmigración* a efectos de ofrecer un primer análisis, siendo inevitable un pequeño solapamiento en aras de la coherencia e integridad del análisis.

En todo caso, y como consecuencia de esta inactividad normativa, se acumulan ya importantes cambios en el marco jurídico de la inmigración y el asilo, derivados de la actuación de los diversos órganos jurisdiccionales (el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), y crece la necesidad de incorporar esa doctrina al ordenamiento e incluso de eliminar algunas contradicciones. La política de inmigración no puede depender de la actuación casuística, segmentada y a instancia de parte de los órganos jurisdiccionales. Además, el desajuste entre el contenido de la norma y la interpretación de los órganos jurisdiccionales está afectando negativamente a la seguridad jurídica. Existen problemas, detectados en la jurisprudencia, que deben ser atendidos de forma urgente a través de cambios normativos. Desde ese presupuesto, analizamos en estas páginas algunas de estas decisiones jurisdiccionales que impelen, de alguna forma, dichos cambios. Antes de ello, se hace una referencia al incumplimiento de la cuota de acogida de refugiados asignada a España por la Unión Europea y este artículo cierra con una coda final sobre la escasísima actuación normativa del Estado y las comunidades autónomas.

2. EL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO SOBRE ACOGIDA DE REFUGIADOS

La preocupación por la situación de los refugiados del otro lado del Mediterráneo parece haber decaído en Europa en los últimos tiempos. Sin embargo, el problema sigue estando ahí. Las circunstancias que provocaron la llegada masiva han variado poco y miles de personas continúan muriendo en el Mediterráneo. Nos interesa destacar aquí que España no ha cumplido con el cupo de acogida marcado por la Unión Europea, al que hicimos referencia en la edición anterior del *Anuario CIDOB de la Inmigración*. En virtud de dos acuerdos sucesivos, adoptados en 2015 en el marco de la Unión Europea, los estados de la Unión se comprometieron a la reubicación de 160.000 refugiados solicitantes de asilo. La Comisión Europea hizo la asignación por países. En la fecha establecida para esa reubicación, septiembre de 2017, se había acogido en los distintos estados al 27% de los comprometidos, según las cifras de la propia Comisión Europea –algo distorsionadas por el incumplimiento de la cuota húngara de 56.000 refugiados–. El número es, en todo caso, escandalosamente bajo, pero aún lo es más si observamos los datos de España, pues, de los 17.337 refugiados asignados, tan solo habían llegado, en la fecha de cumplimiento del plazo, el 26 de septiembre de 2017, 1.980 personas refugiadas, apenas el 11,4% de lo comprometido. Lo más grave es que España es uno de los países con mayor tasa de incumplimiento, solo superado por algunos países de Europa del Este.

La justificación aportada por el Gobierno español han sido las «dificultades objetivas» derivadas del lento establecimiento de los *hotspots* o puntos de acceso donde los inmigrantes aguardan

a ser identificados y registrados, a fin de prepararlos para la reubicación. Además, el secretario de Estado para la Unión Europea ha afirmado en comparecencia ante la Comisión Mixta para la Unión Europea que estas personas «son muy reticentes a ser registradas e identificadas», puesto que así no pueden solicitar asilo en el Estado miembro de su elección, que normalmente son países del norte y del centro de Europa, especialmente Alemania. Sin embargo, las distintas

SIGUE SIN APROBARSE EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE ASILO DE 2009 Y, EN CONSECUENCIA, SIN ESTRUCTURARSE DE UNA FORMA ADECUADA EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA

organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo han criticado la actitud de España y han desarrollado campañas de denuncia de ese incumplimiento. Más allá de las dificultades operativas, esta es una consecuencia de la inexistencia de una política de asilo y refugio en España. Incluso en relación con los refugiados que finalmente llegan, se plantean una serie de cuestiones referidas a su integración o a las posibilidades de reagrupación familiar que no han sido resueltas. Debe recordarse, una vez más,

que sigue sin aprobarse el reglamento de desarrollo de la Ley de Asilo de 2009 y, en consecuencia, sin estructurarse de una forma adecuada el derecho de asilo en España.

3. LA EXCLUSIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Si nos centramos ya en las resoluciones judiciales, entre las decisiones con incidencia en la política de inmigración destaca la aceptación por parte del Tribunal Constitucional de la exclusión de los extranjeros en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria. El Real Decreto Ley 16/2002, de 20 de abril, había incorporado esa exclusión excepcionando las situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, la asistencia al embarazo, parto y posparto o que se trate de menores de 18 años. Anteriormente, todos los extranjeros empadronados en España, al margen de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones de los españoles. Sin embargo, este decreto ley modificaba tanto la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud como el artículo 12 de la ley de extranjería (LOEx) y, en virtud de ello, a) la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos se garantiza a las personas que ostenten la condición de asegurado y b) los extranjeros en situación irregular no pueden acceder a dicha situación. Ello supuso la pérdida del principio de universalidad de la asistencia sanitaria para aquellas personas empadronadas en España, más allá de su situación administrativa.

La citada exclusión ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, planteados por el Parlamento de Navarra o los gobiernos de Andalucía, Cataluña, País Vasco y Canarias. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) número 139/2016 ha determinado la constitucionalidad de esta medida al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra. La sentencia ha tenido la oposición discrepante de tres magistrados que han sostenido la desproporcionalidad de la medida, más allá del incumplimiento del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad. Por el contrario, la mayoría del tribunal considera que la exclusión no vulnera el derecho a la asistencia sanitaria derivado del artículo 43 de la Constitución Española (CE) porque ese derecho no existe. Se trata de un principio rector, precisado de desarrollo legislativo. Y precisamente en ese desarrollo legislativo, que carece de límites constitucionales, se ha excluido a los extranjeros en situación irregular del disfrute de ese derecho. Pero ello no puede afectar al contenido esencial de ese derecho por la simple razón de que «carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia». En este sentido, partiendo de que el artículo 43 de la CE no obliga al reconocimiento de este derecho por el legislador, el Tribunal Constitucional considera que la opción adoptada:

- a) no resulta arbitraria, en cuanto se presenta como necesaria para el mantenimiento del sistema sanitario público en un momento de intensas complicaciones económicas;
- b) no vulnera el derecho a la protección de la salud en cuanto «no excluye el acceso a las prestaciones sanitarias sino que únicamente toma el dato de la ausencia o no de residencia legal en España para exigir la correspondiente contraprestación»;
- c) tampoco se vulnera el límite derivado de los tratados internacionales en cuanto estos no constituyen canon de constitucionalidad y, además, no garantizan el acceso gratuito a las prestaciones sanitarias.

La posición del Tribunal Constitucional es ciertamente discutible. Sin duda lo más cuestionable es la utilización del decreto ley para regular un derecho del capítulo III de la CE, en cuanto el límite material a esta fuente establecido en el artículo 86.1 se refiere expresamente a todo el título I. Sin embargo, nos ocupa específicamente la exclusión de los extranjeros en situación irregular. En el voto particular que suscriben el magistrado Valdés Dal-Ré y la magistrada Asua Bastarrita se considera con relación a esta cuestión que el derecho a la protección de la salud mantiene una estrecha relación instrumental con el derecho a la vida y a la integridad, lo cual impediría limitárselo a los extranjeros en situación irregular. Además, advierte un desajuste entre la medida adoptada –excluir a los extranjeros en situación irregular– y su finalidad de carácter estrictamente económico. En esta línea abunda el voto particular del magistrado Xiol Ríos, que se sustenta en el carácter desproporcionado de la medida que excluye a los inmigrantes en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria: «quien

carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias». Desde esa perspectiva, niega que esta medida pueda calificarse como coherente y proporcionada con la finalidad de estabilidad financiera del modelo de prestación sanitaria pública. En definitiva, el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional puede ser considerado desproporcionado en cuanto utiliza como criterio la nacionalidad y la situación administrativa sin tener en cuenta la capacidad económica como criterio para exigir el pago de determinados servicios, pues poco tiene que ver la situación de este grupo de personas con el turismo sanitario al que se refiere el decreto ley como fenómeno a atajar. Como señala el primer voto particular, a la medida enjuiciada «le falta la mínima coherencia con la finalidad pretendida, o al menos declarada, que es garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a los que excluye».

Debemos recordar que algunas comunidades autónomas han seguido reconociendo ese derecho en virtud de instrucciones internas, normas reglamentarias o incluso leyes (Andalucía, Asturias, Cataluña, País Vasco). El número de estas comunidades incluso se amplió tras las elecciones autonómicas de 2015 (Aragón, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana). Cuando esta inclusión de los extranjeros en situación irregular no se ha previsto en instrucciones sino en normas reglamentarias o legales, el Gobierno del Estado lo ha recurrido al Tribunal Constitucional. Solo desde una consideración absolutamente centralista de lo básico se puede entender que las comunidades autónomas no pueden complementar las personas incorporadas al sistema, incluyendo también a las que se encuentran en situación administrativa irregular.

En cualquier caso, la sentencia del Tribunal Constitucional debe servir para recordarnos que el derecho a la asistencia sanitaria no es un derecho fundamental y, tras esta sentencia, ni siquiera un derecho sino un principio rector de la política social y económica. Por ello, apelamos a la reforma de la Constitución para incluir este derecho en el capítulo II o para dotar a algunos de los derechos del capítulo III de las garantías reconocidas a los del capítulo segundo, lo que puede hacerse por el procedimiento ordinario de reforma del artículo 167 de la CE.

4. LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y FAMILIARES EN LA EXPULSIÓN DEL RESIDENTE CONDENADO

Un sentido más positivo para el reconocimiento de derechos de los extranjeros en España tiene la interpretación que el propio Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 57.2 de la LOEx, según el cual es causa de expulsión del territorio nacional que el extranjero haya sido

condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. En los casos resueltos en las sentencias 131/2016 y 201/2016 del Tribunal Constitucional, las resoluciones judiciales previas al proceso constitucional habían entendido que la Administración no tenía que realizar ponderación alguna relativa a las circunstancias personales y familiares, al adoptar la decisión de expulsión al amparo del artículo 57.2 de la LOEx. Bastaba la existencia de una condena no cancelada por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año. Esa interpretación se sustentaba en la dicción literal del artículo 57.2 de la LOEx. En ambos recursos de amparo, los demandantes cuestionan esa interpretación literal en cuanto no tiene en cuenta la normativa europea, así como la doctrina tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es importante reseñar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha admitido la especial trascendencia constitucional de este asunto por tres motivos: en cuanto puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, esto es, reconoce el tribunal que su doctrina anterior va a ser alterada; en segundo lugar, porque la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia puede traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el tribunal pueda considerar lesiva del derecho fundamental y, finalmente, dado que el asunto suscitado trasciende del caso concreto, porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica.

La cuestión es relevante: ¿deben tenerse en cuenta las circunstancias personales y familiares del extranjero condenado antes de ser expulsado pese a que el artículo 57.2 de la LOEx no haga mención a ello? En este sentido, la STC 131/2016 resuelve el recurso de amparo planteado por un residente de larga duración, con arraigo familiar, hijos escolarizados en España y arraigo laboral al tener un negocio propio desde 2008. Sin embargo, ninguna de estas circunstancias es tenida en cuenta por la Administración en un procedimiento que el propio tribunal califica de «formulario, dirigido al claro objetivo de expulsar al actor sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia que no fueran las que permitían la aplicación del artículo 57.2 de la LOEx» (Fundamento jurídico [FJ] 5). Ante ello, el Tribunal Constitucional denuncia una clara negativa de la Administración a valorar las circunstancias alegadas por el actor, ya que se limita a rechazar las alegaciones mediante fórmulas estereotipadas, en lugar de llevar a cabo una motivación más detallada y apegada al caso, en la que se ponderaran de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego y las circunstancias personales y familiares del actor.

Pero lo relevante de esta sentencia es que, más allá de la falta de motivación de la resolución sancionadora, el Tribunal Constitucional considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en amparo al haberse opuesto el órgano jurisdiccional ordinario –en este caso el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Valencia–, en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos, a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental (FJ 6). En este sentido, considera que, pese a la dicción literal del artículo 57.2 de la LOEx, el órgano judicial debió ponderar las «circunstancias de cada supuesto». Con cita en la STC 186/2013, explica que la protección social, económica y jurídica de la familia han de tenerse especialmente presentes al interpretar y aplicar dicho artículo de la LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue.

La doctrina de la STC 131/2016 es aplicada en la posterior STC 201/2016. Tampoco en este supuesto se acepta la resolución administrativa de expulsión que se limita a constatar el supuesto habilitante del artículo 57.2 de la LOEx: condena no cancelada por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año. Se exige, por el contrario, la «necesaria ponderación de la circunstancias personales y familiares» para no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. A juicio del Tribunal Constitucional «las resoluciones administrativas que no tienen carácter sancionador, como son las impugnadas en este caso, no pueden vulnerar el artículo 24 de la CE pero sí lo han hecho en el presente supuesto los órganos judiciales en su labor de fiscalización de los actos administrativos» en cuanto se ha opuesto a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente. En este sentido, resultaría adecuada una modificación del artículo 57.2 de la LOEx para incluir esta referencia a las circunstancias personales y familiares del condenado. En este sentido, debe recordarse que pende ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso número 1 de Pamplona sobre la aplicación automática de este precepto sin valorar, por ejemplo, las circunstancias de los residentes de larga duración.

No podemos soslayar una referencia novedosa advertida en estas sentencias. Se indica que están en juego una pluralidad de intereses constitucionales «asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los artículos 18.1 y 24.2 de la CE». La novedad deriva de la mención del artículo 18.1, esto es, del derecho a la intimidad personal y familiar. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional había rechazado cualquier vinculación del derecho a la intimidad familiar del artículo 18 de la CE con el derecho a la vida familiar de las personas extranjeras reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En su concepción, la «apertura internacional» de los

derechos derivada del artículo 10.2 de la CE servía para interpretar los derechos reconocidos en la Constitución pero no para incorporar nuevos derechos. Desde esta perspectiva, no existía un derecho fundamental a la vida familiar, a partir de una interpretación conjunta del artículo 18.1 y del 39.2, sino que debía remitirse exclusivamente al 39.2 de la CE (STC 236/2007). La modificación, en su caso, de esa doctrina, tiene una gran importancia no solo en relación con el arraigo familiar como límite a la expulsión, sino también para el reconocimiento como fundamental del derecho a la reagrupación familiar. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que no se ha modificado la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, simplemente se ha mencionado la vinculación del artículo 18.1 de la CE con el 39.2 de la CE, que es el primer paso para ello.

5. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL EN LOS RECURSOS DE AMPARO VINCULADOS A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

En relación con las sentencias anteriores, parece advertirse una posición favorable del Tribunal Constitucional a admitir la especial trascendencia constitucional de recursos de amparo sobre expulsión de extranjeros. Sabemos que la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2006 introdujo como requisito de admisión del recurso de amparo el que los demandantes justificaran, más allá del interés subjetivo, la «especial trascendencia constitucional», dando un carácter objetivo a este proceso constitucional. Se pretendía aminorar la saturación que sufría el Tribunal Constitucional como consecuencia de la utilización del recurso de amparo como una suerte de tercera instancia. La aplicación de este requisito, concretado en la STC 155/2009, ha conllevado una reducción drástica de los recursos de amparo admitidos. Sin embargo, advertimos cierta laxitud en el supuesto de los recursos relacionados con procedimientos de expulsión. La causa puede estar en los límites que encuentra el Tribunal Supremo para conocer en casación de esta materia. Ese déficit, que puede cambiar con la nueva regulación del recurso de casación, sitúa al Tribunal Constitucional como único intermediario entre el TEDH y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) en materia de expulsión.

Todavía no se perciben los efectos de la nueva configuración del recurso de casación. Recordemos que los artículos 86 a 93 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recibieron una nueva redacción por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Las sentencias del Tribunal Supremo (STS) analizadas se corresponden aún con decisiones pronunciadas por la Audiencia Nacional o los TSJ con anterioridad al 22 de julio de 2016, por lo que se rigen por la legislación anterior sobre el recurso de casación. La aplicación de la antigua regulación del recurso de casación continúa, por lo tanto, produciendo una clara separación de los procesos en materia de extranjería. Puede distinguirse, según las opciones

de recurrir en casación, entre los asuntos de los que conocen la Audiencia Nacional y los TSJ en primera instancia, por un lado, y los que son competencia en primera instancia de los juzgados de lo contencioso-administrativo y son revisados en apelación por los TSJ, por otro. Traducido a áreas concretas, se crean dos circuitos paralelos, uno para el asilo y otro para la extranjería en sentido estricto.

La intervención de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (más en concreto de la Sección 3ª) se centra fundamentalmente en la interpretación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, de asilo. La mayoría de los asuntos que llegan a casación actualmente se refieren a solicitudes de asilo, protección subsidiaria o permanencia por razones humanitarias. Cabe reseñar la STS de 19 febrero 2016 (recurso de casación 3163/2015), que concede la condición de refugiado a un nacional sirio que ejercía la profesión de piloto civil. El Tribunal Supremo considera que es aplicable al caso el derecho de asilo y no el régimen de protección subsidiaria, a diferencia de lo que habían estimado la Administración y la Audiencia Nacional. La causa de la discrepancia es la diferente valoración del carácter específico del riesgo del recurrente.

En estas materias, el Tribunal Supremo asume un importante papel en la recepción de la jurisprudencia europea, como ejemplifica la STS de 25 enero 2016 (recurso de casación 2133/2015), que otorga la protección por razones humanitarias (conforme al artículo 46.3 de la Ley de asilo) al apreciar una especial vulnerabilidad en la situación de una etíope que padece una enfermedad crónica, de la que está recibiendo tratamiento en un hospital público en España. Señala que su retorno al país de procedencia puede comportar que se produzcan situaciones de vulneración de su derecho a la integridad física y psíquica. Se aprecia que existe el riesgo real de que pueda ser estigmatizada socialmente, debido a la enfermedad crónica que padece, y de ser víctima de actos de violencia sexual y de violencia por razones de género. Por el contrario, la jurisprudencia menor de los TSJ acaba convirtiéndose en la única referencia para la interpretación de la Ley Orgánica 4/2000. Ello salvo algunas incursiones del Tribunal Supremo en los visados por reagrupación familiar, las autorizaciones por residencia por circunstancias excepcionales y las expulsiones por actividades contrarias al orden público. Los recursos contra las decisiones de las subdelegaciones del Gobierno en materia de extranjería no estaban llegando al Tribunal Supremo, quedando la interpretación de la ley fijada exclusivamente por la jurisprudencia de los TSJ, con la posibilidad de que se produzcan diferencias significativas según las comunidades autónomas.

En cualquier caso, a partir del nuevo recurso de casación, al que nos referimos en el siguiente apartado, la situación se ha modificado. De hecho, ya tenemos varios ejemplos de sentencias que aplican el Decreto 240/2007 exigiendo medios de vida a familiares de españoles, a los que

algún TSJ había dejado al margen de este requisito; a la admisión del recurso sobre la pena en concreto o incluso sobre la aplicación de la doctrina Zaizoune. A partir de ahora el Tribunal Supremo deberá decidir.

6. LA ALTERNATIVA ENTRE MULTA Y EXPULSIÓN

De la misma forma que antes reclamábamos una modificación del artículo 57.2 de la LOEx para incorporar la referencia a las circunstancias personales y familiares del condenado, en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en 2016 sobre esta cuestión, también la alternativa entre multa y expulsión respecto a las situaciones de estancia irregular del artículo 57.1 de la LOEx precisaría ser modificada para adaptarse a la doctrina jurisprudencial europea, en este caso vinculada a la adecuada incorporación de la directiva de retorno.

El Tribunal Supremo limitó hace más de una década la discrecionalidad de la Administración para elegir entre ambas sanciones, imponiéndole un deber reforzado de motivación. La jurisprudencia constante era que la sanción principal es la multa y, en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal (Sentencia de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de 30 de junio de 2006, recurso de casación número 5101/2003). El problema surge tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), el conocido caso Zaizoune, que afirma que la directiva de retorno se opone a una legislación como la española que impone, dependiendo de las circunstancias, o bien la multa, o bien la expulsión. En consecuencia, según el Tribunal de Justicia de la UE, la legislación española resulta contraria a la directiva.

En la práctica, la ausencia de intervención del legislador y de jurisprudencia del Tribunal Supremo había dejado la solución de este conflicto entre norma europea y nacional al criterio de los Tribunales Superiores de Justicia. La mayoría de los TSJ habían optado por abandonar la exigencia de una motivación reforzada para la expulsión, apoyándose en el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) ha afirmado en la Sentencia número 3275/2016, de 21 diciembre, que el criterio jurisprudencial tradicional del Tribunal Supremo ha sufrido un «cambio radical» con la sentencia Zaizoune, que ha supuesto un «punto de inflexión» a partir del cual la solución jurídica a aplicar en los supuestos de estancia irregular es justamente la contraria: en aplicación de la directiva de retorno, la sanción principal es la expulsión y la secundaria y excepcional, la multa. Podría descartarse la expulsión e imponer la multa cuando la primera implicara un riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes o lesionara el derecho a la vida privada o familiar.

Pero la anterior no es una posición unánime. Podemos destacar la muy fundamentada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) número 293/2016, de 15 junio. Esta decisión modula los efectos que deben atribuirse a la Sentencia Zaizoune. Curiosamente se trata del mismo tribunal que planteó la cuestión prejudicial que es el origen de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco recuerda que es claro que la legislación española ha transpuesto incorrectamente la directiva de retorno, pero matiza que no puede aplicarse de forma directa la directiva para desestimar los recursos contencioso-administrativos contra las órdenes de expulsión. Explica el TSJ que el efecto directo de las directivas «está restringido a los particulares frente a los poderes públicos o el Estado, de modo que se trata de un efecto directo vertical que únicamente ellos pueden invocarlo a su favor frente al Estado incumplidor, pero que no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado».

En cualquier caso, la Ley Orgánica 7/2015, que entró en vigor el 22 de julio de 2016, va a solventar esta situación a través de un nuevo recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De hecho, ya ha admitido una casación en este sentido (auto de 13 de octubre de 2017). De cualquier forma, ello no empece que esta cuestión debiera ser clarificada por el legislador orgánico incorporando correctamente la directiva en la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la UE e introduciendo aquellos rasgos que permite el proceso de incorporación de una directiva.

7. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE ASILO

Por otro lado, algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante 2016 parecen revelar problemas de aplicación de la legislación de asilo. En este caso no son problemas derivados de la regulación legislativa, sino de una deficiente ejecución. Así, la STS 1835/2016, de 18 julio, llama la atención sobre la aplicación restrictiva del trámite de denegación expeditiva de la solicitud de asilo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 12/2009. Sostiene el Tribunal Supremo que «nos hallamos ante una resolución denegatoria acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante, y que por mucho que se intitule denegación reviste una funcionalidad u operatividad práctica cercana a las resoluciones de inadmisión». En concreto, excluye la intervención de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), y determina que la solicitud sea rechazada sin haber llegado a ser analizada a fondo. Concluye que solo procede «cuando la incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia del relato sea manifiesta, obvia o patente». No es una jurisprudencia novedosa, sino que se remonta a sentencias de 2013 (SSTS de 27 de marzo de 2013, recursos de casa-

ción 2429/2012 y 2529/2012), lo que revela problemas de cumplimiento. De igual forma, hay varias sentencias en las que se denuncia que la Administración no ha respondido en el plazo legal de dos días a la petición de reexamen de la denegación de protección internacional (art. 21.5 de la Ley 12/2009). En el caso de que la Administración no responda, existe la obligación de tramitar la solicitud de asilo por el procedimiento ordinario. Puede verse como muestra la STS 2012/2016, de 19 septiembre.

Finalmente, debe mencionarse también el problema vinculado a la ausencia en el expediente de la resolución original denegatoria de la solicitud de asilo dictada por el ministro del Interior o por el subsecretario por delegación. Únicamente consta una resolución firmada por el subdirector general de asilo, en la que se transcribe el texto de la resolución denegatoria del asilo, en cuyo pie figura la autoridad que la ha dictado (el subsecretario por delegación del ministro) y la fecha de la misma. Asimismo se encuentra en el expediente una certificación del secretario de la CIAR en la que se afirma la existencia del Acta de la reunión de la Comisión Interministerial que emite una propuesta desfavorable al reconocimiento de la condición de refugiado del recurrente y se añade al final de dicha certificación que dicha propuesta desfavorable fue resuelta en este mismo sentido por el ministro del Interior y la fecha de la resolución. El caso es analizado en la STS de 1 de febrero de 2016 (recurso de casación 2134/2015). La mayoría del órgano juzgador considera acreditada la existencia de la resolución denegatoria, el texto de la misma, el órgano que la dictó y su fecha. Sin embargo, hay un voto particular suscrito por tres magistrados en el que se apunta que se trata de un problema reiterado y se sostiene que «la falta de constancia de la resolución administrativa dictada por órgano competente nos debería haber llevado a considerar que no existe una resolución expresa».

8. LA LLAMATIVA ESCASEZ DE NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

A diferencia de la jurisprudencia, en la que se advierten distintos aspectos interesantes, como hemos comprobado, la nueva normativa sobre inmigración y extranjería es prácticamente inexistente. La mención de las fuentes referidas a la materia puede dar una idea cabal de la inactividad normativa.

En este sentido, la novedad más destacada se refiere a la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia, regulada por la Orden del Ministerio de Justicia de 30 de septiembre de 2016. Por un lado, solo se presentan ya telemáticamente, lo que ha supuesto la pérdida de la capacidad de actuación del Registro Civil. Por otro, se dis-

pensa de la prueba prevista en el reglamento (Real Decreto 1004/2015) a los solicitantes que hayan sido escolarizados en España y hayan superado la educación secundaria obligatoria. De la misma forma, las personas que no sepan leer ni escribir podrán solicitar también la dispensa al Ministerio de Justicia, que resolverá motivadamente a la vista de las circunstancias particulares y las pruebas aportadas. Siquiera como curiosidad puede mencionarse también la Orden del Ministerio del Interior de 1 de marzo de 2017, en la que el ministro delega en el delegado del Gobierno en Melilla las competencias en materia de extranjería sobre los territorios de las Islas Chafarinas y los peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera.

Finalmente, continúan publicándose trimestralmente las resoluciones del Servicio Público de Empleo Estatal, por las que publican los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura a las que pueden acceder los extranjeros. Sin embargo, trimestre a trimestre se repite el mismo catálogo, que incluye únicamente a deportistas profesionales, entrenadores deportivos y distintos empleos en el sector de la marina mercante.

9. LOS PLANES DE INMIGRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El estancamiento del marco normativo en inmigración no es exclusivo del Estado, sino que alcanza también a las comunidades autónomas. Tampoco las comunidades están desarrollando una política de inmigración. Sirven de ejemplo los planes de inmigración. Todas las comunidades han elaborado en algún momento un plan de inmigración. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos han agotado el período de aplicación para el que fueron concebidos, y con ello sus efectos, sin que se hayan renovado, tras la oportuna evaluación de su aplicación. Así, únicamente están en vigor, terminando su período de aplicación, los de Andalucía, Aragón y Castilla-León, y ha sido anunciado por los responsables políticos la aprobación de un nuevo plan para Madrid. En puridad, las comunidades autónomas están actuando como espejo del Estado, donde tampoco ha sido renovado el plan de inmigración: si el Estado no lo hace, las comunidades autónomas tampoco.

En Andalucía, el «III Plan Integral para la inmigración en Andalucía. Horizonte 2016» presenta algunos elementos interesantes. Es, como se apunta, el tercer plan que se aprueba en Andalucía desde 2001 con la finalidad de coordinar la acción de los centros directivos de la Administración andaluza que ejecutan políticas públicas relacionadas con la inmigración. Según se explica en el propio plan, el primero aprobado en Andalucía tuvo como finalidad atender a la acogida de inmigrantes, en un momento de llegada masiva en el contexto de la euforia económica. Luego, el segundo plan debió ocuparse de la integración en la sociedad de acogida de esos cientos de

miles de personas que llegaron a Andalucía. En este contexto, el tercer plan, que ahora concluye su aplicación, ha pretendido partir de los logros alcanzados para ocuparse específicamente de la gestión de la diversidad generada por el proceso migratorio. Por ello, más allá de la plena integración social, económica, laboral y cultural de las personas inmigrantes en Andalucía y del acceso en condiciones de igualdad y equidad de la población extranjera a los servicios básicos comunes al conjunto de la población (sanidad, educación, empleo, vivienda, servicios sociales o atención jurídica), se incluye la necesidad de sensibilizar a la sociedad sobre los valores positivos de la diversidad cultural, rechazando toda forma de racismo y xenofobia, y cualquier clase de discriminación que se produzca.

Por su parte, el nuevo «Plan de Integración de Inmigrantes de la Comunidad de Madrid 2017-2021» plantea una perspectiva algo distinta. Pretende avanzar en la integración de los inmigrantes e introduce como elemento relevante el «freno a la radicalización». Con ello se introduce una relación entre inmigración y terrorismo que puede resultar problemática.

TAMPOCO LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ESTÁN DESARROLLANDO UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN. POR EJEMPLO, SOLO TRES DE ELLAS (ANDALUCÍA, ARAGÓN Y CASTILLA-LEÓN) MANTIENEN PLANES DE INMIGRACIÓN VIGENTES

10. CONCLUSIONES

Lo explicado hasta aquí refuerza la impresión adelantada en la introducción que permitiría atribuir la inacción normativa de este período a las difíciles circunstancias políticas de casi un año con un Gobierno en funciones y un Congreso muy segmentado políticamente, al menos en parte. Sin embargo, ni el período precedente ni el posterior se caracterizaron tampoco por una fuerte iniciativa política y legislativa en esta materia, por lo que podemos hablar de un cierto estancamiento e incluso de inacción a nivel nacional. En los últimos años, el Gobierno ha adoptado un perfil político bajo de carácter eminentemente técnico, sin que las Cortes hayan, especialmente en 2017, asumido su mayor capacidad política y girado la situación para marcarle la pauta al Gobierno. Aunque nada parece apuntar que el próximo año esto pueda cambiar drásticamente, como mínimo convendría que los grupos parlamentarios se centraran en dos o tres reformas clave (acceso universal a la sanidad, modificación de la reforma sobre las devoluciones en caliente y las vallas de Ceuta y Melilla, etc.) y que el Gobierno, como mínimo, asumiera la aprobación del reglamento de asilo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fernández Rojo, David. «La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 53 (2016).

Mahamut, Rosario García. «La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el sistema europeo común de asilo». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 38 (2016), p. 211-238.

Tornos Mas, Joaquín. *De nuevo sobre la reversibilidad de los derechos prestacionales reconocidos en la Constitución. El derecho a la sanidad, el Real Decreto ley 12/2012 y la STC 139/2016*. Barcelona: Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona, 2016 (en línea) <http://idpbarcelona.net/nuevo-la-reversibilidad-los-derechos-prestacionales-reconocidos-la-constitucion-derecho-la-sanidad-real-decreto-ley-122012-la-stc-1392016/>