

**EL TRATAMIENTO DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y DE LA SALUD EN LA
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS EN MATERIA DE ASILO
Y EXTRANJERÍA**

**THE TREATMENT OF CLIMATE CHANGE AND HEALTH IN SPANISH
LEGISLATION AND JURISPRUDENCE ON ASYLUM AND IMMIGRATION
MATTERS**

JAVIER OLIVÁN DEL CACHO

olivandelcacho65@gmail.com

Fecha de recepción: 8 de octubre de 2021

Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2021

RESUMEN: En este trabajo, se analiza el tratamiento que, en la legislación y jurisprudencia españolas en materia de asilo y extranjería, merecen el cambio climático y el estado de salud de los ciudadanos extranjeros.

RESUM: En aquest treball s'analitza el tractament que, en la legislació i jurisprudència espanyoles d'asil i estrangeria, mereixen el canvi climàtic i l'estat de salut del ciutadans estrangers.

ABSTRACT: In this work, we analyze the treatment that climate change and the state of health of foreign citizens deserve in the Spanish legislation and jurisprudence on asylum and migration matters.

PALABRAS CLAVE: cambio climático, salud, asilo, protección subsidiaria, autorización de residencia, expulsión.

PARAULES CLAU: canvi climàtic_salut_asil_protecció subsidiària_autorització de residència_expulsió.

KEYWORDS: Climate change_health_asylum_subsidary protection_residence authorization_expulsion.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA NORMATIVA DE ASILO. 1. Planteamiento. 2. Cambio Climático. 3. Enfermedad. III. LA NORMATIVA GENERAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. 1. Planteamiento. 2. Las escasas referencias al cambio climático en los procedimientos de expulsión. 3. La incidencia de la salud en la normativa de extranjería. a) La enfermedad como posible circunstancia justificativa de una autorización de residencia. b) La influencia de la enfermedad en la validez y eficacia de las órdenes de expulsión. 4. Los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares. IV. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El cambio climático, en cuanto fenómeno global¹, puede relacionarse, con relativa facilidad, con la salud y con los desplazamientos de la población entre diferentes Estados. En efecto, cabe notar, de entrada, que el clima presenta una incidencia innegable en la salud; máxime si se sigue la amplia definición patrocinada por la OMS, para la que la “salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social”². En coherencia con lo expuesto, se comprenderá fácilmente que el fenómeno del cambio climático comporte una notable influencia en el mencionado triple bienestar que conforma la salud, lo que puede incidir, a su vez, en los movimientos migratorios³.

¹ De “desafío global” hablaba Ángel CHUECA SANCHO, *Cambio Climático y Derecho Internacional*, Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2000, p. 163. Por ello, este fenómeno ha sido objeto de normas inscritas en el Derecho Internacional. Un hito fundamental en estas normas internacionales estuvo representado, como es sabido, por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y por el Protocolo de Kioto de 1997. Reflexiones sobre estas normas internacionales y su proceso de gestación pueden verse en Francisco Javier RUBIO DE URQUÍA, *El cambio climático más allá de Kioto. Elementos para el debate*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006. Se recogen los instrumentos normativos ulteriores en la legislación internacional y española en esta materia (por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, celebrada en París en diciembre de 2015) en la publicación de Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El derecho ante el reto del cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

² No obstante, con buen criterio, la mejor doctrina especializada en lo sanitario ha considerado que estos planteamientos se antojan como demasiado ambiciosos y difusos para manejarlos en el terreno del Derecho positivo. En tal sentido, consúltese Juan PEMÁN GAVÍN, “El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional”, en Laura SALAMERO TEIXIDÓ (Coordinadora), *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 28.

³ Precisamente, la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes (sin residencia legal, especialmente) constituye una cuestión objeto de regulación en los diferentes Estados. En el año 2018, se publicó un trabajo de Derecho comparado por parte de María DALLI, “Cobertura sanitaria para inmigrantes en situación irregular en Europea: Análisis de 12 casos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 49 (2018). Por su parte, Vicenç AGUADO i CUDOLÀ y

Siendo así las cosas, parece oportuno, en una publicación monográfica como la presente, ofrecer algunas consideraciones sobre el tratamiento legal y jurisprudencial (en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que reciben el cambio climático y la salud de los ciudadanos no nacionales en lo que, en sentido amplio, se puede calificar como Derecho de extranjería. Con ello, se pretende, fundamentalmente, reflejar el estado de la cuestión en este momento desde una perspectiva práctica.

A tal fin, abordaremos, en primer lugar, la regulación en materia de asilo para después analizar la normativa de extranjería en sentido estricto, en ambos casos desde la doble perspectiva de la protección a la salud y del cambio climático y a la luz de los pronunciamientos judiciales que hubieran podido dictarse.

Finalmente, se expondrán algunas consideraciones de naturaleza conclusiva sobre las materias precitadas.

II. LA NORMATIVA DE ASILO

1. Planteamiento

La regulación en materia de asilo tiene como fundamento normativo internacional la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967.

Su desarrollo en España se concreta en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en lo que sigue, Ley 12/2009), en cuyo preámbulo, por lo demás, se reconoce que viene a darse cumplimiento a la obligación de transposición de varias directivas comunitarias⁴.

Raquel PRADO PÉREZ (“Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 98 y siguientes) apreciaron, en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, una situación de dudosa constitucionalidad por la exclusión de prestaciones sanitarias a determinados colectivos vulnerables.

Diferentes son obviamente los derechos en este terreno de los ciudadanos de la Unión Europea cuando se encuentran en otro Estado miembro. Ha estudiado este asunto María José CERVELL HORTAL, “Unión Europea, asistencia sanitaria y libre circulación: el difícil equilibrio entre derechos del paciente e intereses de los Estados”, en Antonio BLANC ALTEMIR y César CIERCO SEIRA (Coordinadores), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 79 y siguientes.

⁴ Las regulaciones europeas que se citan son las siguientes:

- Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o

De acuerdo con esta regulación, en las resoluciones judiciales en esta materia se acostumbra a enjuiciar la actividad de denegación de las solicitudes en aplicación de la legislación de asilo desde una triple perspectiva, que se expone seguidamente⁵.

De este modo, en primer lugar, suele analizarse si concurre, o no, el derecho al asilo, que sigue vinculándose con la existencia de un riesgo de persecución (“fundados temores”) por las concretas razones expuestas en el Ordenamiento internacional e interno, de acuerdo con el art 3 de la Ley 12/2009, que reza así:

“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a sus fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de sus temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y

apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida;

-Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

- Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

Cabe advertir que, en la actualidad, las Directivas 2004/83/CE y 2005/85/CE ya no se encuentran en vigor. En cambio, se ha aprobado el llamado Sistema de Asilo de la UE Dublín III, recogido en el Reglamento (UE) nº 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. También cabe reseñar la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Y, en fin, es destacable que el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiera específicamente al derecho de asilo

⁵ Es clarificador el trabajo de la Magistrada Sandra GONZÁLEZ DE LARA MINGO, “Niveles de protección reconocidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Principio de ‘non refoulement’ y causas de exclusión”, *La Ley* 1157/2019, en el que se ha afirmado:

“En mi opinión, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria sólo integra tres grados de protección, el asilo (artículo 3), la protección subsidiaria (artículo 4) y la autorización de permanencia en España por razones humanitarias [artículos 3.b) y 46.3] estando integrado el derecho a la no devolución en los tres grados de protección”.

Un análisis jurisprudencial en el que se acoge, en cierto modo, esta triple perspectiva puede verse en Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Crónica de Jurisprudencia Española en Materia de Derecho de Asilo”, en la publicación colectiva de Miguel Ángel PRESNO LINERA, Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ y Pilar CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *40 Años de Lucha por el Derecho de Asilo*, Universidad de Oviedo, 2019, Oviedo, pp. 46 y siguientes.

Una obra reciente sobre algunas de estas cuestiones es la de Teresa ACOSTA PENCO, *La vigilancia de las fronteras marítimas de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

En segundo término, los tribunales examinan si cabe aplicar la denominada protección subsidiaria, en función de lo previsto en el art. 4 de la Ley 12/2009, que se aplica “a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir los daños graves previstos en el art. 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concorra alguno de los supuestos mencionados en los arts. 11 y 12 de esta Ley”. Dichos daños graves son, fundamentalmente, la condena a pena de muerte, la tortura o tratos inhumanos y las amenazas graves contra la vida o la integridad derivadas de conflicto internacional o interno⁶.

Finalmente, resulta frecuente que las sentencias se detengan en valorar si concurren razones humanitarias, en cuyo caso, en ocasiones, se han traído a colación argumentos conectados con el estado de salud del peticionario o de familiares directos suyos, en aplicación de varias prevenciones de la Ley

⁶ Una interpretación relativamente amplia de la posibilidad de acogerse a la llamada “protección subsidiaria” ha sido adoptada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de abril de 2018, Asunto C-353/16, que, interpretando la Carta Europea de Derechos Fundamentales y la normativa europea, ha resuelto:

“(…) se desprende de todo lo anterior que el art. 2, letra e), y el art. 15, letra b) de la Directiva 2004/83, puesto en relación con el art. 4 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que tiene derecho al estatuto de protección subsidiaria el nacional de un tercer país que ha sido torturado en el pasado por las autoridades de su país de origen y que ya no está expuesto al riesgo de tortura en caso de devolución a dicho país pero cuyo estado de salud física y psicológica podría, en tal caso, deteriorarse profundamente, con el grave riesgo de que ese nacional se suicidase, debido al traumatismo resultante de los actos de tortura a que fue sometido, si existe un riesgo real de privación de los cuidados adecuados para el tratamiento de las secuelas físicas o mentales de esos actos de tortura, impuesta deliberadamente al citado nacional en el citado país, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

Ha dado cuenta de este pronunciamiento Javier GARCÍA AMEZ, “Asistencia sanitaria, tortura y derecho a la protección subsidiaria”, *La Ley* 12402/2018.

12/2009, que contienen, en principio, una remisión a la normativa general en materia de extranjería (arts. 37⁷ y 46.3⁸ de la precitada Ley 12/2009⁹).

Con todo, también se han invocado a los efectos de concesión de una autorización humanitaria los dos primeros apartados del precitado art. 46 en cuanto hace alusión a “las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad”. Entre estas personas, con vulnerabilidad se encontrarían los “menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual o víctimas de trata de seres humanos”. A estas circunstancias se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2020, rec. 868/2019, con Auto resolutorio de la solicitud de aclaración de 11 de mayo de 2020¹⁰. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2021, rec. 1598/2019, ha expresado que lo que “contempla el precepto es una asistencia de acogida específica para los solicitantes de protección internacional, un trato diferenciado en tanto que tales solicitantes,

⁷ Este precepto presenta el siguiente tenor:

“La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) *Que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia.*
- b) *Que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente”.*

⁸ Este apartado reza así:

“3. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”.

⁹ Esta remisión parece latente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2016, rec. 628/2016, en la medida que, en su razonamiento, se contiene una mención expresa a los requisitos de la normativa de extranjería:

“(…) no existe prueba alguna, ni en el expediente ni en el proceso, que acredite la imposibilidad de la Sanidad argelina para tratar la enfermedad que padece el. Sr. (...); por lo cual, podemos concluir que no existen las razones de peligro para su seguridad a que se refiere el artículo 126.3 del Reglamento de la Ley de Extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (...).”

¹⁰ Sobre esta decisión judicial, Ana Isabel MARTÍN VALERO, “Autorización de residencia por razones humanitarias en el procedimiento de protección internacional: solicitudes en puestos fronterizos. La STS de 3 de marzo de 2020”, *La Ley* 98973/2020.

permitiendo el apartado 3 que además se les pueda autorizar la permanencia en España, en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”.

2. Cambio climático

Han sido muy escasas las referencias jurisprudenciales al cambio climático en las resoluciones dictadas en materia de asilo, sin que se haya localizado una alusión a los “refugiados climáticos” o a expresiones semejantes, que han venido siendo utilizadas por parte de la doctrina¹¹.

Respecto a la incidencia del clima en los procedimientos judiciales de asilo, es posible encontrar una previsión al respecto en algunas Sentencias de la Audiencia Nacional, al abordar lo que se denomina como una “exposición de los hechos pertinentes relacionados con el Estado de origen”. Así, en lo que afectaba a la situación de Mali, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2019, rec. 563/2017 y de 19 de febrero de 2021, rec. 356/2019, se reconoció que, en este país, “los rigores del cambio climático han exacerbado el conflicto por la escasez de alimentos, lo que ha provocado un considerable

¹¹ Sergio SALINAS ALCEGA, “El carácter multicausal de los desplazamientos humanos y la oportunidad de un régimen jurídico exclusivo de protección de los desplazados por causas ambientales”, en el volumen por él dirigido *La lucha contra el cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 260-261, ha defendido motivadamente la expresión “desplazado ambiental o por causa del medio ambiente”, en línea con el Proyecto de Convención relativa al estatuto internacional de los desplazados ambientales de la Universidad de Limoges. Por su parte, Beatriz FELIPE PÉREZ, *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 62-63, habla de “migración climática”, en coherencia con la denominación empleada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), por su mayor amplitud que la de “refugiado” y por la conveniencia de diferenciar al “migrante climático” del “migrante ambiental” (no vinculado necesariamente con el cambio climático). Asimismo, F. LÓPEZ RAMON, “Los derechos de los emigrantes ecológicos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, abril de 2017, p. 41, ha explicado que, de la denominación inicial relativa a los “refugiados ambientales”, se ha pasado a diversas variaciones, “puesto que, de una parte, las personas afectadas se llaman refugiados, desplazados o emigrantes y, de otra, la causa que les impulsa origina las calificaciones de ambientales, ecológicos o climáticos”. Dentro de la terminología más tradicional, puede citarse en la doctrina francesa a Christel COURNIL, “Les réfugiés écologiques: Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s)?”, *Revue du Droit Public*, nº 4, 2006, pp. 1038 y siguientes. Con todo, no faltan tampoco posiciones doctrinales que reivindican recientemente la expresión “refugiado ambiental”, como hace Ángel SOLANES CORELLA, “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas medioambientales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 55, 2021, p. 438, “desde un enfoque de derechos humanos”.

Finalmente, se refiere a la “movilidad humana transnacional por motivos medioambientales” Daniela ROSERO MELO, “El régimen jurídico de la movilidad humana transnacional por motivos medioambientales”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 48/2021.

aumento del número de desplazados”; no obstante lo cual, en ambos casos se desestimaron los recursos contencioso-administrativos contra las denegaciones de las peticiones de asilo¹².

Por lo demás, en una Sentencia de la Audiencia Nacional de mayor antigüedad referente al problema del derecho de asilo (la fechada a 9 de febrero de 2000, rec. 1462/1998), existió una toma de posición más directa, ya que se refutó que la influencia del clima en la situación política y económica de un país (en este caso, Bangladesh) pudiera determinar la concesión del asilo:

“Las situaciones políticas o económicas derivadas incluso de adversos estados climáticos genéricamente considerados que puedan darse en Bangladesh no permiten acreditar, ni aún en la forma indiciaria expresada, la concurrencia de ninguna causa que pudiera justificar la admisión a trámite del asilo”.

No hay, por tanto, una línea jurisprudencial que pudiera ser coherente con algún pronunciamiento internacional, como podría ser la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Teitiota¹³.

3. Enfermedad

La existencia de una enfermedad por parte del peticionario de asilo ha podido ser objeto de enjuiciamiento a la hora de argumentar, no tanto para la obtención del asilo, sino más bien cuando se ha solicitado la llamada protección subsidiaria o la obtención de una de las llamadas autorizaciones humanitarias¹⁴.

¹² En la ya mencionada en el texto Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2021, se recogen las manifestaciones de la demanda sobre la situación de Sudáfrica, en la que, entre otras circunstancias, se cita “la sequía agravada por el cambio climático”. Sin embargo, esta realidad, al decir de la Sentencia, “no supone la existencia de conflicto armado en los términos de protección subsidiaria”.

¹³ Este ciudadano de la Isla de Kiribati, con vistas a evitar su expulsión, alegó, sin éxito, ante las autoridades neozelandesas que dicha isla estaba sufriendo los efectos de la elevación del nivel del mar, como consecuencia del cambio climático. Rosalía IBARRA SARLAT, “Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020, pp. 155 y siguientes, ha dado cuenta de las vicisitudes judiciales en Nueva Zelanda que experimentó el Sr. Teitiota, sin poder abordar, por la fecha de elaboración, la resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la que se reconoció la necesidad de una protección internacional de las personas afectas por el cambio climático. De esta resolución, se ocupa SOLANES CORELLA, “Desplazados...”, cit, pp. 449 y siguientes.

¹⁴ Con todo, la privación de atención sanitaria (entre otros, servicios públicos) a un grupo étnico puede contribuir a considerar que concurre un caso digno de asilo, como ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004, rec. 4975/2001, en cuanto expresó que “existe en estos momentos una dificultad real para los azeríes a la hora de acceder a los servicios sociales, asistencia sanitaria y al mercado laboral llegando a sufrir discriminación y actos de violencia

Ya con el régimen derivado de la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, de Asilo y de la Condición de Refugiado (Ley 5/1984), se planteaba la posible concurrencia de razones humanitarias, en aplicación del art. 17.2 de la Ley 5/1984¹⁵ y del art. 31 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero¹⁶. En un primer momento, la invocación del art. 31 no implicaba la concesión de una autorización de esta naturaleza sin una cierta vinculación con las causas de asilo. Sin embargo, reformas ulteriores de este precepto reglamentario –especialmente, las derivadas del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre– llevaron a que existieran dos posibilidades de concesión de autorizaciones humanitarias: la del art. 31.3 con conexión con los supuestos de asilo; y la del art. 31.4, en la que tal conexión ya no era un requisito tan determinante¹⁷.

En lo que se refiere a la incidencia de la salud, esta regulación, ya derogada, fue objeto de examen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2011, rec. 6743/2009, en la que se desestimó la concurrencia de estas razones humanitarias ya que no “nos hallamos ante una enfermedad de singular gravedad que requiera un tratamiento especializado, intensivo y prolongado, sino un tratamiento por un corto período de tiempo, a cuyo término el enfermo puede regresar a su país sin problemas”. Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, rec. 2165/2006, se planteó la posible existencia de razones humanitarias del art. 17.2 de la Ley 5/1984 entonces vigente, rechazando que la enfermedad (que no presentaba una gravedad o complejidad de diagnóstico) pudiera encajar en estas circunstancias humanitarias que “son aquellas que se conectan al nivel de riesgo y

provenientes del resto de la población, sin que las autoridades locales de Armenia sean capaces de ofrecer una protección efectiva capaz de contrarrestar este tipo de acciones”.

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2016, rec. 2133/2015, explica las diferencias entre la protección subsidiaria de la normativa de asilo vigente y la posibilidad contemplada en el art. 17.2 de la derogada Ley 5/1984, “pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos del art. 17.2 de la Ley anterior y de la Jurisprudencia que la había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba de ese art. 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión del asilo (arts. 5 y 36)”.

¹⁶ No siempre era así, puesto que, en ocasiones, la alegación de padecer una enfermedad era utilizada únicamente para justificar la petición de asilo, lo que, en general, era rechazado por los Tribunales, como puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005, rec. 2186/2002, en la que se dijo que “tampoco su enfermedad y sus problemas laborales son constitutivos de una persecución protegible a través del asilo”.

¹⁷ Sobre este asunto, cabe reseñar la explicación ofrecida por la Magistrada Ana Isabel MARTÍN VALERO, “Autorización de residencia...”, cit, *La Ley* 8793/2020.

desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico, social o religioso”¹⁸.

Con la legislación vigente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2016, rec. 628/2016, se entendió que la existencia de una enfermedad coronaria no permitía invocar con éxito el art. 46.3 de la Ley 12/2009, ya que no se localiza “prueba alguna, ni en el expediente ni en el proceso, que acredite la imposibilidad de la Sanidad argelina para tratar la enfermedad que padece”¹⁹.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, rec. 2797/2013, se atendió a la necesidad de tratamiento psicológico de la solicitante derivada de la experiencia traumática de la pérdida de su hija con ocasión del viaje en patera a territorio nacional, cuya expulsión supondría una agravación de su enfermedad mental, tal y como se derivaba de un informe médico²⁰.

Por su parte, la condición de homosexual y de padecer la enfermedad de VIH llevó a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2016, rec. 2133/2015, a considerar aplicable el art. 46.3, “en cuanto apreciamos que existe el riesgo real de que pueda ser estigmatizada socialmente, debido a la

¹⁸ También, se repelió la aplicación del art. 17.2 de la Ley 5/1984 a un ciudadano argelino que alegaba síntomas depresivos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011, rec. 115/2010.

¹⁹ En este orden de cosas, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de junio de 2021, rec. 2023/2019, no aceptó la posible concesión de una autorización por razones humanitarias, tras haber denegado también el asilo y la protección subsidiaria, con base en que “no se aprecian elementos de los que concluir que los recurrentes se encuentren en una posición de vulnerabilidad, o en alguna de las situaciones en las que puede reconocerse la protección subsidiaria o la permanencia por razones humanitarias teniendo en cuenta, además, que el tratamiento médico que el menor recibe en España es el mismo que se le proporcionaba en Ucrania. En efecto, las peticiones se realizan en cascada y de forma subsidiaria, con base en unos mismos hechos, por lo que la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta obliga a rechazar también esta pretensión”.

²⁰ Una decisión anterior del Alto Tribunal, la Sentencia de 24 de febrero de 2012, rec. 2476/2012, ya había ponderado trágicas circunstancias semejantes (“estado de shock de la recurrente al llegar a España que sufría depresión aguda con diversas alteraciones del sueño, del apetito y crisis de ansiedad, debidos al trauma vivido derivado de la pérdida de su hija durante el trayecto en una patera, viajando a España desde Marruecos y los dramáticos pormenores relatados del suceso”) para entender aplicable el art. 17.2 de la Ley 5/1984, en la redacción vigente al tiempo de la resolución impugnada.

enfermedad crónica que padece, y ser víctima de actos de violencia sexual y de violencia por razones de género”.

Con todo, el hecho de ser seropositivo no provoca, sin más, la aplicación con éxito de la legislación en materia de asilo. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2014, rec. 2857/2013, se rechazó que “la condición de seropositivo se torne en automática o cuasiautomática causa de otorgamiento de la protección subsidiaria a cargo del Estado de acogida cuando el de origen no presta a todos sus nacionales la atención sanitaria que aquél sí podría dispensarles”. De este modo, glosando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 1997, asunto 30240/96, D versus United Kingdom, se estimó que únicamente circunstancias muy excepcionales podrían justificar la existencia de un “trato inhumano” susceptible de obtención de protección subsidiaria. En cuanto a la aplicación del art. 46 de la Ley 12/2009, se entendió que la invocación al art. 126 del Real Decreto 55/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en adelante Real Decreto 557/2011, implica que la enfermedad ha de ser sobrevenida para legitimar una autorización de residencia, lo que no ocurría en el supuesto de autos, “pues ya fue detectada en los primeros análisis que le hicieron en Ceuta cuando llegó a nuestro país en el año 2008”. No obstante, esta Sentencia dejó abierta la posibilidad de que el Ministerio del Interior pudiera hacer uso de sus facultades discrecionales y eventualmente autorizar la permanencia del recurrente en España.

III. LA NORMATIVA GENERAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

1. Planteamiento

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (Ley Orgánica 4/2000), junto con sus normas reglamentarias de desarrollo, representa el bloque normativo fundamental para determinar el estatuto jurídico del extranjero en España. Como se ha dicho, conviene efectuar algunas referencias al régimen de expulsión y de autorización de residencia desde la perspectiva del cambio climático y de la salud.

Mención aparte debe hacerse a la posición jurídica de los ciudadanos de la Unión Europea en España (y de sus familiares) que, obviamente, cuentan con unas

normas específicas, en las que se contemplan las posibilidades de expulsión del territorio de un Estado en función de determinadas circunstancias.

2. Las escasas referencias al cambio climático en los procedimientos de expulsión

En la legislación general de extranjería, es decir, en la Ley Orgánica 4/2000 y normativa concordante, las expulsiones, esencialmente, obedecen, en la práctica administrativa y judicial, a la comisión de dos infracciones, a saber: la situación de estancia irregular y la perpetración de determinados tipos delictivos.

El primero de los ilícitos –el relativo a la situación irregular- se halla definido en el art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se tipifica una infracción grave que, durante un significativo período de tiempo, podía ser castigada con una multa o con la expulsión del territorio nacional (en este último caso, en función de circunstancias de agravación que fueron de algún modo individualizadas por el Tribunal Supremo). Ocurre que esta dicotomía se truncó con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, en respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2006, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Dicha Sentencia arrumbó con toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo existente hasta entonces y llevó a que ese Alto Tribunal, en Sentencia de 12 de junio de 2018, rec. 2958/2017, estableciera como regla general la expulsión en estas situaciones, salvo que procediera la regularización del ciudadano extranjero²¹.

Sin embargo, el planteamiento de otra cuestión prejudicial por parte de un Tribunal español ha llevado a una nueva variación interpretativa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020, que a su vez ha dado lugar un novedoso pronunciamiento del Tribunal Supremo en su

²¹ El Tribunal Supremo señaló que “lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución”.

Sentencia de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020, en la que se ha fijado la siguiente doctrina casacional:

“Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.

Segundo, que la expulsión comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación”.

La expulsión ya no es, por tanto, una consecuencia necesaria de la situación irregular en España, ya que una resolución de expulsión debe justificarse con base en una serie de circunstancias de agravación de la conducta, que han sido consignadas, a título enunciativo, en la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, citada en la Sentencia reseñada²².

En consecuencia, la imposición de una sanción de expulsión requiere, según la Sentencia de constante referencia, una valoración individualizada de quien

²² Tales conductas, según la Instrucción y recoge el Alto Tribunal, son las siguientes:

“Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje”.

Parece, por tanto, que la entrada ilegal en territorio español (fuera del puesto fronterizo) constituiría una posible circunstancia justificativa de la orden de expulsión a valorar con el resto de las circunstancias concurrentes. Así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Toledo, de 24 de febrero de 2021, rec. 92/2020, en cuanto precisó que “hay un elemento negativo con ese paso de frontera ilegal, a lo que se añade que no consta tampoco entrada legal por lo que procede considerar que existen elementos negativos que cualifican la situación y motivan la expulsión”.

reside en España sin título habilitante y una identificación de las causas de agravación de la conducta del ciudadano extranjero.

Un segundo tipo de conducta que acarrea la expulsión viene vinculada con la comisión de un determinado ilícito penal, de acuerdo con lo que prevé el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que dice así:

“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, 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”.

La interpretación de este precepto ha sido objeto de una novedosa posición jurisprudencial a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2018, rec. 1321/2017, en cuanto que, para adoptar una resolución de expulsión, no solo se parte una concepción abstracta de la pena a que se refiere el precepto, sino que se requiere que el límite mínimo de la pena privativa de libertad sea superior a un año²³. Al margen de esta cuestión, y a los efectos de este trabajo, debe decirse que la expulsión, cuando concurren las circunstancias precitadas, no es automática en el supuesto de un ciudadano extranjero que cuente con autorización de residencia de larga duración²⁴. En estos casos, la Administración, primero, y, luego, en su caso los tribunales de justicia deben ponderar una serie de circunstancias que se enumeran en el art. 57. 5 b) de la Ley Orgánica 4/2000, al señalarse que, “antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las

²³ La Sentencia contó con dos votos particulares (del propio ponente Excmo. Sr. Fernández Valverde y del Excmo. Sr. Suay Rincón) y, además, ha sido objeto de alguna discrepancia desde una perspectiva doctrinal, pudiendo citarse el trabajo de Ana MUÑOZ PEDRAZ, “La expulsión de extranjeros por motivos de orden público”, *Actualidad Administrativa*, nº 12, 2018.

La exigencia del límite mínimo de la pena superior a un año de privación de libertad deja fuera del ámbito de aplicación del precepto a todos aquellos ilícitos penales que no cumplan con este presupuesto, aunque las penas concretas puedan ser superiores. Con todo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2020, rec. 5071/2020, parece que permite aplicar subtipos agravados para entender superado este límite mínimo.

²⁴ Puede conseguirse la autorización de residencia de larga duración, entre otras circunstancias menos frecuentes, cuando se ha residido continuada y legalmente en España durante los cinco años anteriores. A este respecto, cabe remitirse a los arts. 147 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, al que nos referimos como Real Decreto 557/2011.

consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”²⁵.

No se han localizado exponentes judiciales en los que se relacione la legislación precitada –y las causas de expulsión allí previstas- con el cambio climático. Únicamente, y aunque no se trataba de un extranjero con residencia de larga duración, puede darse noticia de las consideraciones efectuadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Segovia, en la que el Magistrado-Juez, al analizar la orden de expulsión en aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de un ciudadano de Gambia, que había sido condenado por la comisión de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pudo decir que “por lo que se refiere a la situación del país y a los efectos del cambio climático, hemos de indicar que es cierto que determinados países pueden presentar situaciones especialmente complejas, pero es el legislador el que indica aquellos supuestos en los que permite la entrada en el territorio de la Unión Europea, y que el operador jurídico debe interpretar, sin que pueda convertirse en el caso de los tribunales de justicia, en un legislador, dado que las funciones designadas en las Constituciones democráticas, establecen cuáles son las funciones de los diferentes poderes del Estado, y el marco en el que se mueven los jueces es la interpretación de las normas (...)”. Esta Sentencia del Juzgado de Segovia, de fecha 19 de septiembre de 2019, rec. 157/2019, fue ratificada en apelación por la Sala de Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 10 de enero de 2020, rec. 182/2019.

²⁵ En algún momento, el Tribunal Supremo había sostenido que, también para los ciudadanos extranjeros con autorización de residencia de larga duración, la comisión de uno de los delitos definidos en el art. 57.2 conllevaba inexorablemente la expulsión, como puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, rec. 5607/2017. Sin embargo, la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rectificado esta posición a partir de la Sentencia 321/2020, de 4 de marzo, rec. 5364/2018, seguida, por otras, como la de fecha 3 de diciembre de 2020, rec. 7556/2019, en la que se dice que la Administración –y, luego, los órganos judiciales revisores- deben “ponderar las circunstancias que concurren en el afectado de las que pueda concluirse que por todas las circunstancias concurrentes, y no solo la condena, su comportamiento representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, así como que la expulsión, a la vista de tales circunstancias, resulta proporcionada”.

Aparte de esa ponderación, resulta preciso que exista una amenaza para el orden público y la seguridad pública. Sin embargo, la inexistencia de dicha amenaza constituye una carga probatoria del ciudadano extranjero, a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2021, rec. 6391/2019, en la que se declaró que “era al recurrente a quien corresponde acreditar que ya no constituye en el momento de la resolución de expulsión, una amenaza grave, actual y persistente, para el orden y la seguridad públicas, así como la de su arraigo en España con base en vínculos sólidos de índole familiar, laboral o económico”.

3. La incidencia de la salud en la normativa de extranjería

a) *La enfermedad como posible circunstancia justificativa de una autorización de residencia*

Junto a las autorizaciones que pueden considerarse ordinarias, se han regulado otras autorizaciones por circunstancias excepcionales, entre las que se encuentran las relacionadas con la protección de quien padece una enfermedad grave²⁶.

²⁶ Una cuestión que viene siendo polémica consiste en dilucidar si resulta aplicable la exigencia de inexistencia de antecedentes penales para obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (en concreto, por razones de enfermedad), tal y como, en principio, se desprende de lo previsto en el art. 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000.

A favor de no ser aplicable este requisito, se encuentra, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de septiembre de 2020, rec. 39/2020, al señalar que, “valorando la excepcionalidad de la autorización que se solicita, en la que debe primar el criterio sanitario y de la salud del interesado, las circunstancias personales y familiares de la apelante y la levedad y antigüedad de los antecedentes penales que le constan, determina que se concluya en la procedencia de conceder la autorización solicitada”. Una argumentación más elaborada todavía se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de diciembre de 2016, rec. 248/2016, en la que puede leerse lo que sigue:

“A la pregunta de qué norma precisa entonces si la previsión legal del artículo 31.5 es trasladable a las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, habrá que dar la respuesta que se deriva de atender a la regulación paralela y muy casuística que, en base a la amplia habilitación legal del artículo 31.3 de la LO, el propio reglamento hace en su capítulo sobre todas estas modalidades de residencia temporal, por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público (artículo 123.1).

Así, en la residencia temporal por razones de arraigo laboral o familiar el artículo 124 exige claramente en los dos tipos de autorizaciones (apartados 1 y 2), pero no en relación con el arraigo familiar (artículo 124.3).

Tampoco impone este requisito el Reglamento en los supuestos del artículos 125, 126 y 127 (razones de protección internacional, humanitarias, o de colaboración pública y seguridad nacional).

Esa omisión no es casual ni fruto de error o lapsus de quien ha ejercitado la potestad reglamentaria, sino fruto de que por razones de oportunidad se hayan valorado con mayor intensidad los bienes jurídicos comprometidos en cada uno de esos casos, que lo que representa el antecedente penal en su proyección indirecta sobre la convivencia social, el orden público y sobre los criterios de prevención especial del delito, en general más rigurosos respecto del extranjero que del nacional, pero que se subordinan cuando aquel interés público o bien jurídico alcanza mayor relieve (familiar, riesgo para la vida, etc.)”.

Sin embargo, otros pronunciamientos han mantenido una postura opuesta, como sucede en las también motivadas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de septiembre de 2019, rec. 855/2018; de Galicia, de 2 de junio de 2021, rec. 471/2020; y de Castilla-La Mancha de 11 de junio de 2018, rec. 145/2017.

Alguna de estas Sentencias se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2017, rec. 961/2013, en la que se dispuso de esta exigencia de carecer de antecedentes penales a los progenitores de menores españoles por mor de la legislación de la Unión Europea y tras el planteamiento de una cuestión prejudicial. En concreto, la Sala de Albacete expresó al respecto que “si el Tribunal Supremo se consideró obligado a plantear cuestión prejudicial europea sobre el art. 31.5 fue porque consideraba el precepto aplicable a todos los casos

Con carácter general, la normativa de extranjería se ha referido a la exigencia de que la enfermedad sea sobrevenida a la entrada en España a los efectos de obtener una autorización de residencia con base en esta circunstancia²⁷. Nótese que no nos encontramos en el ámbito de una medida cautelar o de impedir la ejecución de una expulsión de un ciudadano extranjero por sufrir una enfermedad grave, sino ante una posible autorización de residencia, por lo que, según algunos exponentes judiciales, resulta lógico que los requerimientos normativos para su obtención sean más rigurosos²⁸.

De cualquier modo, este carácter sobrevenido de la enfermedad como requisito para la consecución de una autorización fue ya cuestionado en el derogado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, toda vez que se consideró que este presupuesto representaba una extralimitación de la autorización por circunstancias excepcionales que contemplaba el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2007, rec. 39/2005, se rechazó esta impugnación con base en lo que sigue:

“Pretende satisfacer una necesidad que afecta a la salud, e, incluso, en determinadas situaciones a la vida de quien se enfrenta a ella de alguien que se halla en España cualquiera que sea su situación y que pueda acreditar que durante su permanencia en nuestro país ha contraído la enfermedad o dolencia o

previstos en el Reglamento, tuvieran o no una previsión similar al respecto (como no lo tenía precisamente el que afectaba a aquél supuesto)”.

²⁷ Se deja aparte la influencia de la pandemia en la normativa de extranjería que experimentó algunas adaptaciones para mitigar sus efectos en los ciudadanos extranjeros, como ocurrió con la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, del Ministerio de Sanidad, por la que se acordó la prórroga de forma automática de todas aquellas autorizaciones que hubieran vencido durante la vigencia del estado de alarma o que vencieron en los tres meses previos a su declaración. Se ocupa de estas cuestiones Ramón MAHÍA, “Los efectos del COVID-19 sobre la inmigración en España: economía, trabajo y condiciones de vida”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2020, 2021*, pp. 68-81.

²⁸ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de noviembre de 2018, rec. 238/2018 explicó esta situación así:

“Cuestión distinta es la regulación de la obtención de la autorización de la situación de residencia temporal respecto a la cual resulta razonable la determinación de la condición de enfermedad sobrevenida”.

se le ha manifestado la misma, quedando a juicio de los informes clínicos expedidos por la autoridad sanitaria competente la acreditación de esa necesidad.

Y de igual modo pretende evitar el propósito sin duda verosímil del extranjero que sabedor de que se halla en esa situación de enfermedad y conocedor de que la misma pueda ser atendida por el sistema sanitario nacional accede a nuestro país con ese fin y solicita una autorización de residencia temporal por razones humanitarias. La cautela que introduce la inclusión de esa palabra en el precepto es consecuente con la extraordinaria generosidad con que el art. 12 de la Ley Orgánica otorga el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en España, sin que por ello contradiga el precepto legal sino que simplemente pretende respetando aquél salir al paso de conductas abusivas y que se produzcan en fraude de ley”.

En la normativa reglamentaria vigente, el carácter sobrevenido de la enfermedad constituye también uno de los requisitos que, con carácter general, se exige para la concesión de una autorización de residencia temporal por razones humanitarias, de acuerdo con el primer párrafo del art. 126.2 del Real Decreto 557/2011, en el que se dispone lo que sigue:

“Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias en los siguientes supuestos:

(...)

2.- A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente”.

Nótese, por tanto, que la autorización exige el padecimiento de una enfermedad de las siguientes características: a) ser sobrevenida a su estancia en España; b) que sea grave; c) que haga necesaria asistencia sanitaria especializada no accesible en su país de procedencia; y d) que, en caso de interrupción o de no ser dispensada dicha asistencia especializada, se ocasione un grave riesgo para la salud o la vida.

Desde el punto de vista documental, el peticionario debe aportar un informe clínico cuyo contenido parece, en principio, tener que restringirse a la necesidad del tratamiento médico, sin perjuicio de que, según lo expuesto en algunos pronunciamientos judiciales, deba justificar el conjunto de los requisitos exigidos por el precepto reglamentario conforme a las reglas de la carga de la prueba²⁹. En este punto, interesa destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020, rec. 1054/2019, ha determinado, con efectos casacionales, que el informe en cuestión puede ser emitido por el facultativo que presta asistencia sanitaria, sin que sea exigible que esté suscrito por una específica autoridad sanitaria.

De todos estos requisitos, el relativo al carácter sobrevenido de la enfermedad, admite una flexibilización en el caso de menores de edad³⁰ y, además, ha sido objeto de una cierta controversia judicial, ya que se pueden localizar algunos precedentes jurisdiccionales, en los que se ha defendido una interpretación amplia de este precepto, al justificar la obtención de esta autorización cuando se ha producido, por ejemplo, una agravación de la enfermedad en territorio

²⁹ Es muy gráfica a este respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de septiembre de 2019, rec. 345/2019:

“Por tanto, de conformidad con el precepto transcrito, el ciudadano extranjero que solicite este permiso por razón de enfermedad ha de acreditar los siguientes extremos: que dicha enfermedad ha sido sobrevenida; que es grave; que requiere asistencia sanitaria especializada; que esta asistencia es de imposible acceso en su país de origen; y que el hecho de ser interrumpida, o de no recibirla, supone un grave riesgo para la salud o la vida.

Además, según indica el precepto citado, tales extremos han de acreditarse mediante un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente”.

En la misma dirección, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de mayo de 2019, rec. 624/2018, cuando declaró que, “en virtud de las normas de la carga de la prueba, contenidas en el art. 217 de la LEC, corresponde a la demandante acreditar la circunstancia alegada de enfermedad sobrevenida grave, que requiera tratamiento que no puede ser dispensado en su país de origen”.

³⁰ El art. 126.2, segundo párrafo, del Real Decreto 557/2011 tiene la siguiente literalidad:

“Excepcionalmente, no se requerirá que la enfermedad sea sobrevenida en el caso de necesidad de prolongar la permanencia de un menor extranjero que se haya desplazado temporalmente a España a efectos de tratamiento médico en base a lo previsto en el art. 187 de este Reglamento, una vez agotada la posibilidad de prorrogar la situación de estancia y siempre que dicha permanencia sea imprescindible para la continuación del tratamiento. La renovación de este tipo de autorizaciones se vinculará al tiempo mínimo necesario para completar el tratamiento”.

nacional³¹. Frente a ello, son varios los pronunciamientos en los que, con base en el principio de legalidad, se ha repelido una interpretación alejada del tenor de los preceptos aplicables³² y se ha objetado una invocación genérica a la equidad³³. Asimismo, se ha llamado la atención sobre la obligatoriedad de interpretar estrictamente lo que constituye el régimen de una norma excepcional, como es una autorización que se separa de la regulación de las autorizaciones ordinarias de residencia y de trabajo de ciudadanos extranjeros³⁴.

³¹ En la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2020, rec. 259/2019, se razonó lo que, a continuación, se reproduce:

“(...) podemos contemplar el requisito con la flexibilidad que proporciona el hecho notorio del carácter evolutivo progresivo de muchísimas enfermedades, pero el límite ha de estar en la necesidad de probar algo al respecto en el momento de efectuar la solicitud, que es lo que ha sucedido, pues aunque la enfermedad renal de Eloísa pueda tener un origen hereditario (...), lo cierto es que se desencadenaron las secuelas, y el riesgo de agravamiento de no seguir estricto seguimiento hospitalario, encontrándose en el país”.

³² En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2009, rec. 412/2009, no se compartió “la interpretación laxa y flexible del requisito” relativo a la naturaleza sobrevenida de la enfermedad. Frente a ello, se dijo que:

“Sobre la interpretación de las normas jurídicas, el primer criterio es el del sentido literal de los términos, cuando estos son claros y precisos (...), por lo que en otro caso sería vulnerar el principio de igualdad en la aplicación de la Ley a todos los ciudadanos extranjeros, no pudiendo incluirse en este supuesto otros casos en los que de propósito se viene a España para recibir asistencia sanitaria que no pueden recibir en su país”.

³³ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2018, rec. 35/2017, se desarrolló la siguiente argumentación:

“Finalmente, cabe poner de relieve que los requisitos establecidos son objetivos y vinculan tanto a la Administración como, más si cabe, a los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, los Tribunales interpretan la normativa que aplican, pero no pueden prescindir de la misma sin más. Así, por más que razones de índole social o de equidad que puedan concurrir, las decisiones jurisdiccionales sólo pueden basarse en la equidad en ausencia de la normativa positiva, pero no contra legem, menos sin plantear la correspondiente cuestión de legalidad de los preceptos legales afectados. El artículo 3.2 del Código civil es ilustrativo en este sentido”.

³⁴ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 2017, rec. 33/2016 aludió al carácter excepcional de la autorización en cuestión:

“(...) hay que remarcar que la regla general es que la autorización de residencia y trabajo queda sometida a la previa obtención del visado y al cumplimiento del resto de requisitos legalmente establecidos, y la excepción son las situaciones contempladas en el art. 126 del Reglamento de extranjería por las razones humanitarias. Una excepción que, como tal y en los términos que está redactado el

Finalmente, debe expresarse que varios pronunciamientos judiciales han diferenciado la conveniencia de que una enfermedad sea tratada en España con el hecho de no ser accesible el tratamiento médico en su país de origen³⁵.

b) La influencia de la enfermedad en la validez y eficacia de las órdenes de expulsión

Con anterioridad, se ha expuesto que, con carácter general, las dos situaciones fácticas que pueden generar una orden de expulsión tienen que ver con la residencia irregular en España y con la comisión de un delito de los definidos en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

Resulta posible que una enfermedad grave pueda representar un elemento a considerar en las expulsiones por carecer de título para residir en España, una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, luego, el Tribunal Supremo han roto el automatismo entre la estancia ilegal y la expulsión (así la ya reseñada Sentencia del Alto Tribunal español de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020). También, resultará factible que, en aplicación del art. 57.2 en relación con residentes de larga duración, una enfermedad de estas características pueda ser un dato a tener en cuenta a la hora de adoptar la decisión de expulsión³⁶.

precepto, no admite su expansión a supuestos no expresamente contemplados a la norma.”

³⁵ Se trata de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de mayo de 2018, rec. 49/2018 y de 2 de diciembre de 2020, rec. 253/2020. Sus alegatos fueron lo que siguen:

“Una cosa es que se pueda entender que resultaría más conveniente para la actora su continuación en España y el seguimiento de los controles analíticos y tratamientos que está recibiendo, y otra diferente que pueda considerarse contraria a derecho la decisión de la Administración de denegarle la autorización de residencia temporal solicitada por haberse demostrado la no accesibilidad del tratamiento en Rusia, ni que la interrupción o supresión del tratamiento entrañe un riesgo grave para la vida o salud del paciente”.

³⁶ Cabe citar a este respecto la STC 14/2017, de 30 de enero, en la que se exigió la necesidad de motivar la incidencia de la expulsión en la patología del ciudadano extranjero:

“De su lado, y como ya se ha descrito anteriormente, la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de febrero de 2015, entendió que era de aplicación la Directiva 2003/109/CE, y que, a su tenor, la condena penal no conlleva de forma directa o automática la expulsión, debiendo atenderse previamente a su adopción los vínculos económicos, afectivos o laborales, entre ellos, ad casum, el estado psíquico del recurrente y, a su objeto, el informe médico forense aportado al proceso o el escrito de la Fiscalía provincial de Castellón obrante en autos, que proponía en un proceso penal la eximente completa del art. 20.1 CP y la tramitación de la incapacitación de quien aquí interesa el amparo. Sin embargo, descartó todos esos factores por una única razón que pueda ser asociada efectivamente a ellos: la falta de acreditación de que el actor haya sido

Sin embargo, es en el ámbito de las medidas cautelares donde es posible encontrar referencias jurisprudenciales más claras en las que la enfermedad puede convertirse en un factor favorable a la suspensión de las órdenes de expulsión. Recuérdese que los arts. 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa supeditan, con carácter general, la concesión de medidas a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debiendo el Juzgado o Tribunal realizar una valoración ponderada de los intereses en presencia³⁷.

Los criterios generales en materia de medidas cautelares se han relacionado, en el ámbito de la extranjería, con la existencia, o no, de arraigo del ciudadano extranjero en nuestro país³⁸. Adicionalmente, el factor relativo al estado de la salud puede ser un elemento de la valoración que deben efectuar los órganos judiciales al resolver las piezas separadas de medidas cautelares en este tipo de

sometido finalmente a tratamiento o de que haya sido en última instancia incapacitado.

No se produjo, por tanto, una ponderación ad casum que, conforme a la descrita dimensión constitucional del asunto, expresase un verdadero diálogo en divergencia o, siquiera, un contraste de relevancia o potencial armonización de los dos parámetros en presencia, a saber: el riesgo para la seguridad y el orden público y las específicas circunstancias del afectado por la expulsión, pues no se ponderaron en todo su alcance ni la patología concurrente, ni el resto de circunstancias personales y familiares, ni la situación en que vendría a ser situado el afectado una vez llevada a cabo la expulsión. La norma legal aplicable requería una interpretación acorde a dicha ponderación, con el carácter reforzado y penetrante que precisan y demandan nuestros pronunciamientos en la materia”.

³⁷ Sobre esta regulación, Pedro Luis RÓAS MARTÍN, “Artículo 130”, en Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2211 y siguientes.

³⁸ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 20 de enero de 2012, rec. 231/2011, el estado de salud se relacionó con la existencia de arraigo para otorgar la medida cautelar interesada, con base en la siguiente argumentación:

“(…) la Sala, ante la evidente situación de arraigo al menos familiar y social que concurre en (el) apelante por su larga permanencia en España y su convivencia continuada con su madre y padrastro, que la no suspensión de la expulsión causaría graves perjuicios personales y familiares, ya que, aunque tiene 28 años y jurídica y económicamente pudiera estar independizado, sin embargo en realidad el mismo sigue conviviendo con su madre y su padrastro, lo que por otro lado no deja de ser una circunstancia común y frecuente en casos similares, y más aún si tenemos en cuenta el grado de discapacidad que le ha sido reconocido, la necesidad de tratamiento médico y farmacológico que debe seguir para tratar su trastorno esquizofrénico (...)”.

controversias. Así sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2001, rec. 1486/1999, en la que precisamente se señaló que “cualquier razón humanitaria, como es la comprobada enfermedad del solicitante de la medida cautelar (...), debe llevar a la misma solución favorable a la suspensión de la obligación impuesta de abandonar España”.

En cualquier caso, el examen de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia revela que es carga de la prueba del actor acreditar la existencia de una enfermedad grave, cuya curación puede verse comprometida en caso de ejecución de una orden de expulsión. De este modo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de septiembre de 2018, rec. 194/2015, se hizo referencia al estado de salud del ciudadano extranjero en el marco de diversas circunstancias y, en concreto, en lo atinente a esta situación, expresó que no “se presenta prueba de que el apelante padezca una enfermedad que pudiera justificar la adopción de la medida cautelar por razones humanitarias, ya que el informe médico descarta una tuberculosis pulmonar activa”. En igual dirección se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de marzo de 2007, rec. 58/2007, al explicar que “no se acredita que el recurso pierda su finalidad legítima, ni los perjuicios irreparables que se invocan por la dolencia que sufre de manera que si se ejecuta la orden de expulsión corra peligro su vida o su integridad física o que no pueda ser tratada la enfermedad en su país de procedencia”³⁹.

³⁹ Respecto al padecimiento del SIDA, es posible localizar pronunciamientos en los que merece una diferente valoración a la hora de resolver la correspondiente petición cautelar de suspensión de la orden de expulsión. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de septiembre de 2019, rec. 219/2019, se desarrollaron las siguientes consideraciones:

“El apelante impugna el Auto denegatorio de la suspensión cautelar de la resolución de expulsión, alegando únicamente que implicaría la ruptura del tratamiento consecuente a la enfermedad que padece y de la que recibe tratamiento desde el mes de junio de 2018 cuando se le detectaron los anticuerpos en el Centro Sanitario de Madrid donde le prescribieron seguir un control exhaustivo de su patología con tratamiento de médico y seguimiento continuado de la infección y señala que aporta documentos 6 y 7 y 12 a 14.

Dicha documentación pone de manifiesto que el apelante VIH/SIDA, cuyos anticuerpos se lo detectaron en junio de 2018, y el recurrente fue detenido el 15/05/2016, en Irún en un control rutinario de identificación de extranjeros, y por una infracción de LOEX al no poseer papeles de residencia legal, y según el recurrente está empadronado en Madrid desde el 28/05/2018, lo cual desprende indicios a priori de que de la documentación se pudiera considerar la duda sobre el origen de

4. Los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares

El estatuto jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea (y de los familiares protegidos por la normativa europea⁴⁰) se diferencia, obviamente, del régimen aplicable a los ciudadanos de terceros Estados. Sin embargo, los ciudadanos de la Unión y sus familiares también pueden ser objeto de expulsión en las circunstancias tasadas por la reglamentación europea y recogidas en la normativa nacional en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre entrada, libre circulación y residencia en España

la enfermedad, anterior o posterior a su estancia en territorio nacional, esto es, sobrevenida o no a su estancia en España, dado el mínimo período temporal (...).

La Sala aprecia que no se acreditan mínimamente perjuicios derivados de la ruptura de un tratamiento terapéutico que no consta en forma alguna que de la enfermedad se venga desarrollando desde el origen de la misma. Ni consta la continuación del tratamiento, ni consta que el mismo no pueda ser seguido en el país de su nacionalidad, sobre lo cual nada se argumenta por el apelante”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 6 de abril de 2017, rec. 216/2016, expresó:

“La apelada (...) presenta infección por VIH que, si bien fue diagnosticada en su país, no fue tratada, lo que no consta que fuera por voluntad propia, y sí lo está siendo en España, donde consta acreditado que la apelada acude a los establecimientos sanitarios para ser tratada de la afección indicada y de otras (lo que es de suponer que intentaría en su país de origen, ya que en España lo hace)”.

⁴⁰ Existe una polémica jurisprudencial en lo que se refiere a la necesidad, o no, de contar con la correspondiente tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea para que sea de aplicación esta normativa específica. De este modo, en el Auto del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2019, se fijó la siguiente cuestión casacional para su resolución por el Alto Tribunal:

“Precisar que la cuestión sobre la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la expulsión de los familiares de ciudadanos comunitarios incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/07, de 16 de febrero –más concretamente, del ciudadano extracomunitario casado con una española-, pero que no dispongan de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión en vigor, puede sujetarse a la norma general del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social o, por el contrario, debe atenerse a las normas del Capítulo VI del Real Decreto 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2020, rec. 2400/2019, se resolvió la cuestión precitada del siguiente modo:

“La expulsión de un extracomunitario puede decretarse conforme al artículo 57.2 LO 4/2000. Pero si el extranjero extracomunitario afirma estar casado con una ciudadana española, procede verificar la realidad de dicho matrimonio, si posee o no tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, si tiene domicilio conocido en España, si tiene trabajo y percibe retribución por ello, etcétera. Y a la vista de la gravedad de la conducta dolosa determinante de la expulsión, y de las circunstancias antes mencionadas, determinar si el extranjero extracomunitario representa una amenaza para el orden público, seguridad pública o salud pública”.

de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo que sigue, Real Decreto 240/2007).

A los efectos de este trabajo, resulta destacable que el estado de salud del ciudadano afectado por la orden de expulsión sea uno de los aspectos susceptibles de ser evaluados cuando se tramite un expediente de esta naturaleza, aunque también debe notarse que la salud pública puede justificar medidas limitativas de los ciudadanos de la Unión Europea, incluida la misma expulsión del Estado diferente del suyo donde se resida. No obstante, por su importancia práctica, resulta necesario que nos detengamos en aquellas prevenciones del Real Decreto 240/2007, en las que se aborda la salud esencialmente como un factor que debe ser valorado cuando se pretenda adoptar una decisión de expulsión de un ciudadano, por razones de orden público.

En consecuencia, interesa reflejar el régimen de expulsión de los afectados por esta normativa, que está contemplado en el art. 15 del Real Decreto 240/2007, cuyo tenor dice así:

“1.- Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

(...)

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente, podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de

salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Y, más adelante, este mismo precepto reglamentario, en su apartado sexto, establece requisitos adicionales –en concreto, la concurrencia de motivos imperiosos de seguridad pública- si el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores, así como si fuera menor de edad, salvo en este último caso “si la repatriación es conforme al interés del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador”⁴¹.

En definitiva, interesa destacar que el Real Decreto 240/2007, al posibilitar la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea (y de los familiares a quienes se aplica esta reglamentación) por razones de orden público, define como uno de los factores de análisis el estado de salud de la persona afectada. Varios precedentes judiciales dan fe de estas valoraciones con resultados divergentes, en función de la gravedad de la enfermedad, de la entidad de las conductas delictivas, del arraigo familiar y de las demás circunstancias reseñadas en el art. 15 del Real Decreto 240/2007⁴².

⁴¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2019, rec. 6068/2018, encontró estas razones “imperiosas de seguridad pública”, en un ciudadano comunitario de nacionalidad belga con origen dominicano que había sido objeto de las siguientes condenas penales:

“- Sentencia de fecha 20/10/2014, firme el 08/01/2015, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño: 9 meses de prisión, 2 años de prohibición de aproximación de aproximarse o comunicarse con la víctima y accesorias, por la comisión de un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar.

- Sentencia de fecha 15/06/2016 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño: 5 euros-día durante 30 días de multa, por la comisión de un delito de lesiones.

- Sentencia de fecha 09/01/2017 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Logroño: pena conjunta de 52 días de trabajos en beneficio de la comunidad, 8 meses de aproximarse o comunicarse con la víctima y 4 meses de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, por la comisión de sendos delitos de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar y de violencia de ámbito familiar. Injurias o vejaciones”.

⁴² En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 17 de octubre de 2016, rec. 273/2016, se señaló, para justificar la anulación de la expulsión de un ciudadano de Ghana (condenado en dos ocasiones por sendos delitos de tráfico de drogas, respectivamente, a cuatro y tres años y dos meses de prisión y con un hijo español), que la normativa citada “contempla entre las circunstancias a tener en cuenta para la adopción de alguna de las medidas por razones de orden público y el estado de salud, y consta en el expediente mediante informe del Centro Penitenciario (...) que está diagnosticado de infección por el VIH, conocida desde 2011, en estado C2 (tuberculosis pulmonar en 2012), encontrándose en tratamiento antirretroviral con Atripla, medicación que ha conseguido que la carga viral en sangre sea indetectable y el rango de linfocitos dentro de la normalidad”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 5 de abril de 2019, rec. 202/2018, ratificó la resolución gubernativa frente a un ciudadano rumano porque, entre otras cosas, “su actual estado de salud no constituye un obstáculo insalvable su

IV. REFLEXIONES FINALES

Como se ha visto, las menciones al cambio climático en las decisiones judiciales españolas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo han sido muy escasas hasta la fecha, ya que solamente en algunas contadas ocasiones se han dedicado razonamientos judiciales a esta cuestión a la hora de aplicar la normativa en materia de asilo y extranjería.

Por el contrario, la enfermedad (o la falta de salud), como se ha visto, sí que presenta una mayor incidencia en la legislación y jurisprudencia en materia de asilo y extranjería (especialmente, en esta última). En efecto, la enfermedad puede tener, al menos, cuatro posibles consecuencias de régimen jurídico: a) elemento a tener en cuenta en la aplicación de alguno de los sistemas de protección previstos en la legislación en materia de asilo; b) dato susceptible de valoración en la ponderación de intereses propio de la resolución de medidas cautelares frente a órdenes de expulsión; c) factor que puede ser evaluado en los expedientes de expulsión por estancia irregular, por la comisión de un delito definido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 (de tratarse de residentes de larga duración) y por la aplicación de la normativa específicamente prevista para ciudadanos de la Unión Europea y de determinados familiares suyos; y d) posible circunstancia justificativa de la obtención de una autorización de residencia por motivos humanitarios en los términos previstos en la legislación de extranjería.

Como puede apreciarse, la influencia del estado de salud del ciudadano extranjero en los expedientes administrativos de asilo y extranjería ha resultado con cierta frecuencia controvertida, lo que ha implicado que nuestros tribunales y juzgados hayan debido emitir diversos pronunciamientos sobre este particular; pronunciamientos que vienen exigiendo un atento análisis de los aspectos objeto de discusión, no sólo por la ambigüedad de algunos extremos de la regulación

expulsión, amen que nada impide que de dicha dolencia pueda ser atendida perfectamente en su país de origen”.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 8 de junio de 2021, rec. 110/2021, confirmó la expulsión de un ciudadano polaco, toda vez que “ya había sido objeto de tratamiento para la desintoxicación en su país y en España y en nuestro país ha sido condenado en sentencia firme, el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Gijón como autor de un delito de lesiones agravadas a la pena de dos años de prisión; y ha sido denunciado en 2019 por varios presuntos delitos de lesiones instruidos por la Comisaría Nacional de Gijón el 10 de febrero de 2019 por presunto delito de lesiones el 23 de noviembre de 2019 como consecuencia del estado de embriaguez al haber causado problemas a los vigilantes de seguridad de un centro comercial”.

aplicable, sino también por la trascendencia de estas decisiones para los afectados.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PENCO, Teresa, *La vigilancia de las fronteras marítimas de la Unión Europea. Derechos humanos y abuso de derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

AGUADO i CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel, “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014.

CERVELL HORTAL, María José, “Unión Europea, asistencia sanitaria y libre circulación: el difícil equilibrio entre derechos del paciente e intereses de los Estados”, en Antonio BLANC ALTEMIR y César CIERCO SEIRA (Coordinadores), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018

CHUECA SANCHO, Ángel, *Cambio Climático y Derecho Internacional*, Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2000.

COURNIL, Christel, “Les réfugiés écologiques: Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s)?”, *Revue du Droit Public*, nº 4, 2006.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, “Crónica de Jurisprudencia Española en Materia de Derecho de Asilo”, en la publicación colectiva de Miguel Ángel PRESNO LINERA, Ángel ESPINELLA MENÉNDEZ y Pilar CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *40 Años de Lucha por el Derecho de Asilo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2019.

FELIPE PÉREZ, Beatriz, *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

GARCÍA AMEZ, Javier, “Asistencia sanitaria, tortura y derecho a la protección subsidiaria”, *La Ley* 12402/2018.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra, “Niveles de protección reconocidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Principio de ‘non refoulement’ y causas de exclusión”, *La Ley* 1157/2019.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo (Dir.), *El derecho ante el reto del cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020

IBARRA SARLAT, Rosalía, “Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Los derechos de los emigrantes ecológicos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017.

MAHÍA, Ramón, “Los efectos del COVID-19 sobre la inmigración en España: economía, trabajo y condiciones de vida”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2020*, 2021

MARTÍN VALERO, Ana Isabel, “Autorización de residencia por razones humanitarias en el procedimiento de protección internacional: solicitudes en puestos fronterizos. La STS de 3 de marzo de 2020”, *La Ley* 8793/2020.

MUÑOZ PEDRAZ, Ana, “La expulsión de extranjeros por motivos de orden público”, *Actualidad Administrativa*, nº 12, 2018.

PEMÁN GAVÍN, Juan, “El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional”, en Laura SALAMERO TEIXIDÓ (Coordinadora), *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

RÓAS MARTÍN, Pedro Luis, “Artículo 130”, en Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO (Dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ROSETO MELO, Daniela, “El régimen jurídico de la movilidad humana transnacional por motivos medioambientales”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 48/2021.

RUBIO DE URQUÍA, Francisco Javier, *El cambio climático más allá de Kioto. Elementos para el debate*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2006.

SALINAS ALCEGA, Sergio, “El carácter multicausal de los desplazamientos humanos y la oportunidad de un régimen jurídico exclusivo de protección de los desplazados por causas ambientales”, en el volumen por él dirigido *La lucha contra el cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SOLANES CORELLA, Ángel, “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas medioambientales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 55, 2021.