Universitat Autònoma de Barcelona

Dipòsit digital de documents de la UAB

This is the **published version** of the bachelor thesis:

Andras, Dominik; Barcelo Serramalera, Mercè, dir. Règim jurídic dels immigrants en situació d'irregularitat. 2023. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at https://ddd.uab.cat/record/287213

under the terms of the BY-NC-ND license

Universitat Autònoma de Barcelona

RÈGIM JURÍDIC DELS IMMIGRANTS EN SITUACIÓ D'IRREGULARITAT

AUTOR: Dominik Andráš

TURORA: Mercè Barceló i Serramalera

GRAU: Administració i Direcció d'Empreses i Dret

DATA: 14.05.2023

RESUM

En un context europeu on cada vegada són més les veus de l'àmbit polític, cívic i institucional que proposen diverses mesures per afrontar la qüestió de la immigració, el següent treball analitzarà quins són els drets i llibertats que corresponen als immigrants en situació d'irregularitat a Espanya. Amb aquest objectiu, primerament s'analitzarà el marc competencial en matèria migratòria en l'àmbit europeu i espanyol. Seguidament, s'estudiarà el marc normatiu internacional, europeu i nacional existent sobre immigració irregular. I, finalment, es concretarà la matèria d'immigrants en situació d'irregularitat en tres àmbits concrets: els drets laborals, el dret a l'assistència sanitària gratuïta i les conegudes com "devolucions en calent". Tot analitzat a partir de la legislació, la jurisprudència i les posicions doctrinals.

ABSTRACT

In a European context in which more and more voices from the political, civic, and institutional spheres are proposing various measures to deal with the issue of immigration, the following project will analyse what are the rights and freedoms that correspond to immigrants in an irregular situation in Spain. With this aim, firstly the competence framework in migration matters in the European and Spanish sphere will be analysed. Next, the existing international, European and national regulatory framework on irregular immigration will be studied. And, finally, the matter of immigrants in a situation of irregularity will be specified in three specific areas: labour rights, the right to public healthcare and the so-called "pushbacks". Everything will be analysed based on legislation, jurisprudence and doctrinal positions.

SUMARI DE CONTINGUTS

ABREVIATURES 5

1. INTRODUCCIÓ 6

2. LES COMPETÈNCIES EN MATÈRIA MIGRATÒRIA 9

2.1. La Unió Europea 9

2.2. L'Estat Espanyol 13

3. LA NORMATIVA RELLEVANT EN MATÈRIA D'IMMIGRACIÓ IRREGULAR ... 15

3.1. Els tractats internacionals 15

3.2. La Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea i el Conveni Europeu de Drets Humans 18

3.3. Les directives europees 25

3.5 La Llei d'Estrangeria 34

4. ELS DRETS I LLIBERTATS DELS IMMIGRANTS EN SITUACIÓ D'IRREGULARITAT 39

4.1. Els drets laborals 39

4.2. El dret a l'assistència sanitària 43

4.3. Les devolucions en calent 51

5. CONCLUSIONS 59

BIBLIOGRAFIA 60

LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA 64

ABREVIATURES

CDFUE	Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea
CE	Constitució espanyola
CEDH	Conveni Europeu de Drets Humans
LCCSNS	Llei de Cohesió i Qualitat del Sistema Nacional de Salut
LGS	Llei General de Sanitat
LGSS	Llei General de la Seguretat
LOEX	Llei d'Estrangeria
RDL	Reial Decret-Llei
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència del Tribunal Suprem
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TS	Tribunal Suprem
TUE	Tractat de la Unió Europea
UE	Unió Europea

1. INTRODUCCIÓ

En el món globalitzat del segle XXI en el què vivim, la immigració és un dels principals fenòmens que ha aconseguit canviar la nostra societat. La Unió Europea –un dels principals receptors d'immigració a escala mundial[1]- observa com el fenomen migratori està suposant diversos reptes en l'àmbit econòmic, demogràfic, laboral, cultural, i polític, que en els darrers anys estan suscitant un debat públic cada vegada més ample i transversal sobre com s'hauria de gestionar aquest fenomen. I tots aquests reptes es magnifiquen quan parlem d'immigrants que estan en situació d'irregularitat; és a dir, aquells estrangers que no han ingressat de forma legal en territori europeu i que manquen d'un permís administratiu de residència o de treball (deixant de banda, a efectes del present Treball, tant els sol·licitants d'asil com totes aquelles situacions particulars que se surtin de la gran generalitat de casos).

Es calcula que l'any 2017 vivien uns 4,8 milions d'immigrants en situació d'irregularitat a la Unió Europea[2], tenint aquesta xifra una tendència clarament alcista. Davant d'una situació com aquesta, cada vegada són més les veus de l'àmbit polític, cívic i institucional que proposen diverses mesures per afrontar aquesta situació. Per tant, en un context com l'actual, resulta molt important delimitar correctament els drets i llibertats que corresponen als immigrants en situació d'irregularitat per dos motius.

En primer lloc, per tal que totes les mesures suggerides per gestionar aquest fenomen parteixin d'un plantejament plenament compatible amb el seu respectiu ordenament jurídic; per tal d'evitar caure en populismes i garantir que les mesures siguin realistes, pragmàtiques i respectuoses amb els drets i llibertats d'aquest col·lectiu.

I, en segon lloc, perquè tenint en consideració que la naturalesa del nostre ordenament jurídic és de caràcter punitiu -en tant que estableix unes normes que, en cas d'incompliment, impliquen una conseqüència jurídica negativa-, cal aclarir quines

[1] Mcauliffe, M., Triandafyllidou A. (2021). *World Migration Report 2022*. International Organization For Migration.

[2] Pew Research Center. (2019, Novembre 13). *Europe's Unauthorized Immigrant Population Peaks in 2016, Then Levels Off*. https://www.pewresearch.org/global/2019/11/13/europes-unauthorized-immigrant-population-peaks-in-2016-then-levels-off/

conseqüències jurídiques negatives corresponen a uns subjectes de dret que han incomplert diverses normes a l'hora d'ingressar en territori espanyol i europeu.

Però, a l'hora de tractar totes aquestes qüestions, cal tenir en consideració l'extens sistema internacional de protecció dels drets humans, el qual estableix un catàleg bàsic de drets i llibertats que s'han de garantir a tot ésser humà, amb independència de la seva condició -incloent-hi la seva situació administrativa-. Aquests drets i llibertats universals –integrats també dins els marcs normatius europeu i nacionals– permeten que els immigrants en situació d'irregularitat puguin continuar rebent un tracte digne, i que la conseqüència jurídica negativa es mitigui considerablement en tant que no es pot arribar a afectar a determinats béns jurídics protegits.

Les preguntes que ens podem plantejar són fins on arriben aquests drets i llibertats universals. Tenen els immigrants el dret d'entrar de forma irregular en el territori d'un Estat? Quines conseqüències jurídiques negatives comporta la irregularitat migratòria? Tenen els immigrants en situació d'irregularitat els mateixos drets que aquells en situació de regularitat? De quins drets i llibertats de configuració legal gaudeixen els immigrants en situació d'irregularitat? També gaudeixen de drets laborals? Poden cobrar una prestació d'atur? Poden accedir a la sanitat pública de forma gratuïta? En quina mesura? Quins instruments disposen els Estats per protegir les seves fronteres? Com limiten els drets humans aquesta defensa de les fronteres estatals?

Totes aquestes preguntes seran contestades al llarg del present Treball de Fi de Grau, en el qual es formularà una anàlisi partint de la normativa internacional, europea i espanyola, considerant la jurisprudència més rellevant dels principals tribunals vinculants, i també incorporant diverses opinions doctrinals. Així doncs, el present Treball es divideix en tres blocs diferenciats.

Primerament, procedirem a analitzar quines són les competències en matèria migratòria en una doble vessant: en l'àmbit europeu -tenint en consideració que Espanya és un Estat membre d'un subjecte de dret com ho és la Unió Europea-, i en l'àmbit estatal –tenint en consideració que Espanya és un Estat de les autonomies-.

En segon lloc, estudiarem el marc normatiu general respecte a la normativa amb relació als immigrants en situació d'irregularitat. Així mateix, analitzarem les principals

disposicions normatives de l'ordenament jurídic internacional, europeu i espanyol; així com les interpretacions que realitzen els tribunals competents de les mateixes disposicions, acompanyades de comentaris doctrinals al respecte.

I, finalment, concretarem el marc normatiu general en tres àmbits d'especial importància per als immigrants en situació d'irregularitat, com ho són els seus drets laborals, el seu accés a la sanitat pública gratuïta, i un dels principals mecanismes utilitzat per l'Estat espanyol a l'hora de protegir les seves fronteres, com ho són les popularment conegudes com a "devolucions en calent".

2. LES COMPETÈNCIES EN MATÈRIA MIGRATÒRIA

2.1. La Unió Europea

Com Estat membre de la Unió Europea (en endavant, UE), Espanya està subjecte a la normativa europea quan aquesta sigui aplicable. Tot seguit, per poder entendre quan l'ens jurídic competent per a regular una determinat àmbit migratori és la Unió Europea, i quan és Espanya com Estat membre, ens disposem a analitzar el marc competencial europeu en matèria migratòria.

Tal com dictamina l'article 5 del Tractat de la Unió Europea[3] (en endavant, TUE), la delimitació de les competències de la UE es regeix pel principi d'atribució, en virtut del qual la UE actua dins dels límits de les competències que li atribueixen els Estats membres en els tractats per tal d'assolir els objectius que aquests determinin. D'aquest principi n'obtenim dues premisses: en primer lloc, la UE només actua en el marc de les competències que li són atorgades i, en segon lloc, la UE exerceix les seves competències per tal d'assolir els objectius fixats en els Tractats. Per tant, la capacitat de la UE per a legislar en matèria migratòria depèn directament del contingut establert en els Tractats[4].

El tractat europeu més rellevant de cara a la determinació de la competència europea en matèria migratòria és el Tractat de Lisboa (2009), el qual va introduir la votació per majoria qualificada sobre la matèria de la immigració regular i una nova base legal per a les polítiques migratòries. D'aquesta manera, el Tractat de Lisboa va deixar clar que la UE comparteix competències en l'àmbit migratori amb els Estats membres i va atorgar plena jurisdicció al Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) en

[3] Tractat de la Unió Europea i Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Versions consolidades. DOUE. núm. 83, de 30 de març de 2010, pàgines 1 a 388 (388 pàg.)

[4] Parlament Europeu. (Maig, 2011). *Reparto de las competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de inmigración.* https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453178/IPOL-LIBE_NT(2011)453178_ES.pdf

matèria d'immigració i asil[5]. A més a més, en la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, STJUE) 41738/10 i la STJUE 27765/0, el Tribunal reitera el dret dels Estats membres a establir les seves pròpies polítiques d'immigració.

En aquest sentit, l'article 67 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea[6] (en endavant, TFUE) declara que la UE *desenvoluparà una política comuna d'asil, immigració i control de les fronteres exteriors*. I, per tal d'assolir aquests objectius[7], atorga a la UE una competència compartida[8] amb els Estats membres[9] per poder legislar vers aquests tres àmbits.

Primerament, en l'àmbit del control i gestió de les fronteres exteriors, la UE queda habilitada fonamentalment per adoptar mesures que condueixin a una política comuna de visats i estades de curta durada, amb la corresponent unificació de controls respecte dels nacionals de tercers països, tal com marca l'article 77 TFUE[10]. En segon lloc, quant a l'àmbit de l'asil, la UE es declara competent per adoptar mesures en matèria d'asil i

---

[5] Parlament Europeu. (s.d.). *Immigration policy*. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/152/immigration-policy#:~:text=Competences,%2C%20for%20third-country%20nationals.

[6] Tractat de la Unió Europea i Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Versions consolidades. DOUE. núm. 83, de 30 de març de 2010, pàgines 1 a 388 (388 pàg.)

[7] L'article 79.2 TFUE proclama el següent: "El Parlament Europeu i el Consell adoptaran (...) mesures en els àmbits següents: a) les condicions d'entrada i residència, i l'emissió de visats de llarga estança i permisos de residència, inclosos aquells per al reagrupament familiar, dins de la Unió; b) la definició dels drets de nacionals extracomunitaris legalment residint en un Estat membre, incloent-hi la llibertat de moviment i de residència en altres Estats membres; c) immigració il·legal i residència no autoritzada, incloent-hi l'expatriació; d) lluita contra el tràfic de persones, especialment de dones i nens".

[8] La competència compartida es dona en un àmbit en què la UE i els seus Estats membres concorren en la potestat de legislar i adoptar actes jurídicament vinculants.

[9] Segons l'article 4, apartat 2, lletra j), del TFUE, la competència de la Unió en l'àmbit de l'espai de llibertat, seguretat i justícia és una competència compartida.

[10] L'article 77 TFUE estableix el següent: "1. La Unió desenvoluparà una política que tindrà per objectiu: (a) garantir l'absència total de controls de les persones, sigui quina sigui la seva nacionalitat, quan creuin les fronteres interiors; (b) garantir els controls de les persones i la vigilància eficaç a la cruïlla de les fronteres exteriors; (c) instaurar progressivament un sistema integrat de gestió de les fronteres exteriors. 2. A efectes de l'apartat 1, el Parlament Europeu i el Consell adoptaran, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, mesures relatives a: (a) la política comuna de visats i altres permisos de residència de curta durada; (b) els controls als quals se sotmetrà a les persones que creuin les fronteres exteriors; (c) les condicions en què els nacionals de tercers països podran circular lliurement per la Unió durant un curt període; (d) qualsevol mesura necessària per al progressiu establiment d'un sistema integrat de gestió de les fronteres exteriors; (e) l'absència total de controls de les persones, sigui quina sigui la seva nacionalitat, quan creuin les fronteres interiors".

mesures relacionades amb refugiats i persones desplaçades, mitjançant normes mínimes i criteris comuns per a tots els Estats membres, tal com predisposa l'article 78 TFUE[11]. Finalment, en l'àmbit de la immigració, la UE assumeix la competència essencial de desenvolupar una política comuna d'immigració, amb la possibilitat d'aprovar mesures sobre condicions d'entrada i residència, sobre drets dels nacionals de tercers països que resideixin legalment en algun Estat membre, i sobre la repressió d'activitats il·legals relacionades amb els fenòmens migratoris, tal com reconeix l'article 79 TFUE[12].

Tanmateix, on la Unió no té cap competència directa i, per tant, els Estats membres gaudeixen de la competència exclusiva[13], és en tres àmbits: la integració, la immigració per motius laborals i el manteniment de l'ordre públic i la salvaguarda de la seguretat nacional.

En primer lloc, com l'article 79.1 TFUE no menciona explícitament la integració entre els objectius principals de la política migratòria comuna, la integració d'extracomunitaris no pot ser un objectiu directe de la intervenció legislativa de la UE. Per tant, d'acord amb

[11] L'article 78 TFUE estableix el següent: "1. La Unió desenvoluparà una política comuna en matèria d'asil, protecció subsidiària i protecció temporal destinada a oferir un estatut apropiat a tot nacional d'un tercer país que necessiti protecció internacional i garantir el respecte del principi de no devolució (...). 2. A efectes de l'apartat 1, el Parlament Europeu i el Consell adoptaran, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, mesures relatives a un sistema europeu comú d'asil que inclogui: (a) un estatut uniforme d'asil per a nacionals de tercers països, vàlid a tota la Unió; (b) un estatut uniforme de protecció subsidiària per als nacionals de països tercers que, sense obtenir l'asil europeu, necessitin protecció internacional; (c) un sistema comú per a la protecció temporal de les persones desplaçades, en cas d'afluència massiva; (d) procediments comuns per concedir o retirar l'estatut uniforme d'asil o protecció subsidiària; (e) criteris i mecanismes per determinar l'Estat membre responsable d'examinar una sol·licitud d'asil o protecció subsidiària; (f) normes relatives a les condicions d'acolliment dels sol·licitants d'asil o protecció subsidiària; (g) l'associació i la cooperació amb països tercers per gestionar els fluxos de persones que sol·liciten asil o una protecció subsidiària o temporal".

[12] L'article 79 TFUE estableix el següent: "1. La Unió haurà de desenvolupar una política d'immigració comuna per tal de garantir, en tots els nivells, la gestió eficient dels fluxos migratoris, el tracte just dels nacionals de tercers-països residents a Estats membres, i la prevenció i lluita contra la immigració irregular i el tràfic d'éssers humans. 2. A efectes de l'apartat 1, el Parlament Europeu i el Consell adoptaran, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, mesures en els àmbits següents: (a) les condicions d'entrada i residència i les normes relatives a l'expedició pels estats membres de visats i permisos de residència de llarga durada, inclosos els destinats a la reagrupació familiar; (b) la definició dels drets dels nacionals de tercers països que resideixin legalment en un Estat membre, amb inclusió de les condicions que regeixen la llibertat de circulació i de residència als altres Estats membres; (c) la immigració i la residència il·legals, incloses l'expulsió i la repatriació de residents en situació il·legal; (d) la lluita contra el tràfic d'éssers humans, en particular de dones i nens".

[13] La competència exclusiva es dona en aquells àmbits en què només o bé la UE, o bé els Estats membres, és capaç de legislar i adoptar actes vinculants.

l'article 79.4 TFUE[14], la Unió no té competència per harmonitzar la política d'integració migratòria, ja que aquesta és una competència exclusiva dels Estats membres; en tot cas, l'únic que pot fer la UE és fomentar, donar suport i coordinar els Estats membres[15].

En segon lloc, l'article 79.5 TFUE estableix que *no es podrà afectar el dret de cada Estat membre a determinar el volum d'admissió de nacionals de tercers-països procedents de tercers-països al seu territori per a buscar feina, sigui per compte propi o aliè*. Tanmateix, cal remarcar que la competència exclusiva recau únicament sobre la determinació del volum d'admissions, però no sobre l'accés a l'ocupació per part de persones que ja han estat admeses (és a dir, extracomunitaris que ja han sigut admesos a un Estat membre amb anterioritat) o persones que són admeses en virtut d'una altra disposició legal (per exemple, la reunificació familiar) [16]. També cal aclarir que aquesta potestat de limitar el nombre d'admissions només recau sobre aquells immigrants provinents de països extracomunitaris i no d'aquells provinents d'altres Estats membres[17].

I, en tercer lloc, l'article 72 TFUE[18] també atorga plenes competències als Estats membres envers el manteniment de l'ordre públic i la salvaguarda de la seguretat nacional, limitant, fins i tot, la capacitat de la UE per a coordinar els Estats membres i promoure la

[14] Segons l'article 79.4 TFUE: "El Parlament Europeu i el Consell podran establir, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, mesures per fomentar i donar suport a l'acció dels Estats membres destinada a propiciar la integració dels nacionals de tercers països que resideixin legalment al seu territori, amb exclusió de tota harmonització de les disposicions legals i reglamentàries dels Estats membres".

[15] Parlament Europeu. (s.d.). *La política de inmigración.* https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/152/la-politica-de-inmigracion

[16] Peers S. (2008). *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, European Journal of Migration and Law.

[17] El dret de les persones a circular i residir lliurement dins de la Unió Europea constitueix la pedra angular de la ciutadania de la Unió que va crear el Tractat de Maastricht de 1992. Després de la supressió gradual de les fronteres interiors conforme als Acords de Schengen, es va adoptar la Directiva 2004/38/CE relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement al territori dels Estats membres. Tot i la importància que revesteix aquest dret, persisteixen obstacles notables a l'aplicació de la Directiva.

[18] L'article 72 TFUE estableix el següent: "Aquest títol s'entendrà sense perjudici de l'exercici de les responsabilitats que incumbeixen els estats membres quant al manteniment de l'ordre públic i la salvaguarda de la seguretat interior".

cooperació. Tanmateix, el TJUE ha requerit que els Estats membres exerceixin aquesta competència en concordança amb les previsions dels Tractats a altres àrees[19].

D'aquesta manera, hem pogut analitzar breument la situació competencial en l'àmbit migratori a la Unió Europea; resumint les principals competències exclusives i compartides dels Estats membres i la UE.

2.2. L'Estat Espanyol

Seguidament, procedirem a analitzar les competències en matèria migratòria dins el marc de l'Estat autonòmic espanyol, per a estudiar si aquesta matèria és una competència exclusiva de l'estat o compartida amb les Comunitats Autònomes.

En aquest sentit, l'article 149.1.2 de la Constitució espanyola[20] (en endavant, CE), estableix que *l'Estat té competència exclusiva sobre les següents matèries: (...) 2º Nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil.* De les cinc matèries que l'article 149.1.2 CE estableix com a competència exclusiva de l'Estat, la immigració i l'estrangeria són les úniques que han estat objecte de sentències dictades en relació amb l'abast de la competència estatal.

Pel què fa a aquestes matèries, a la sentència del Tribunal Constitucional (en endavant, STC) 87/2017[21] el Tribunal estableix que l'atribució a l'Estat de la competència sobre estrangeria en l'article 149.1.2 CE compren fonamentalment dos aspectes. El primer és la determinació dels drets que, corresponent en principi als espanyols, han de ser estesos als ciutadans d'altres nacionalitats residents a Espanya, concretant-se els àmbits del títol I de la Constitució que no admeten diferència de tracte pel sol fet de ser estranger. D'acord amb aquesta visió, "l'estatut de l'estranger" no té com objectiu la fixació d'unes condicions bàsiques d'igualtat entre tots els estrangers residents en territori espanyol, sinó

[19] CJEC, Cas C-265/95 *Commission* vs *France* [1997] ECR I-6959.

[20] Constitució espanyola (BOE núm.311, de 29 de desembre de 1978).

[21] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 87/2017 de 4 de juliol de 2017.

que més aviat té l'objectiu de fixar les condicions d'igualtat entre estrangers i espanyols de cara a la titularitat dels drets constitucionals[22].

I el segon aspecte comprèn la capacitat de l'Estat de determinar aquells drets que corresponen als estrangers per la seva condició com a tal. És a dir, aquells drets que els hi correspondrien, no a conseqüència d'una potencial situació de necessitat social que els portaria a ser beneficiaris de determinades polítiques sectorials assistencials (polítiques d'habitatge, assistència social, etc.), sinó com a conseqüència de l'específica i particular posició en la qual es troba el ciutadà estranger de cara a la seva integració en la societat espanyola.

Tanmateix, tal com expliquen Joaquín García i María Castro[23] tot i que a la STC 31/2010[24] es determina que *resulta evident que la immigració es una matèria que ha estat reservat amb caràcter exclusiu a l'Estat*, el Tribunal també reconeix que l'actual situació del fenomen immigratori a Espanya impedeix configurar aquesta competència estatal com un títol horitzontal d'abast il·limitat que enervi els títols competencials de les Comunitats Autònomes de caràcter sectorial amb evident incidència sobre la població immigrant, com ho són els serveis socials i les corresponents polítiques públiques. D'aquesta manera, en aquesta sentència, el Tribunal assumeix que hi ha determinades matèries -com els serveis socials, la sanitat, l'educació o l'habitatge- que es projecten i beneficien a la població immigrant, en les quals no hi ha cap inconvenient en que es realitzi una expressa previsió estatutària dirigida a què aquestes competències s'assumeixin i s'exerceixin per les Comunitats Autònomes *al servei de la integració dels immigrants* o, fins i tot, realitzar polítiques que tendeixin a la integració social.

Així doncs, comprovem que a Espanya la matèria migratòria està reservada exclusivament a l'Estat, tot i que això no impedeix que les Comunitats Autònomes puguin incidir indirectament -de forma sectorial- en la matèria.

---

[22] Roig Molés E. (2003), Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado.

[23] García Murcia J., Castro Argüelles M.A. (2009). La distribución de competencias en materia de inmigración. *Temas laborales*, 1(100), 227-263.

[24] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 31/2010 de 28 de juny de 2010.

3. LA NORMATIVA RELLEVANT EN MATÈRIA D'IMMIGRACIÓ IRREGULAR

3.1. Els tractats internacionals

Espanya, com a Estat signant d'una gran diversitat de tractats internacionals, està subjecte a l'ordenament jurídic de la comunitat internacional. Així doncs, ens disposem a analitzar el conjunt de normes internacionals que vinculen jurídicament a Espanya en matèria migratòria, especialment la Declaració Universal dels Drets Humans[25].

La Declaració Universal dels Drets Humans de 1948 és un tractat internacional que estableix trenta drets bàsics i llibertats fonamentals que s'apliquen, sense excepció i de forma universal, a tots els éssers humans; sent el seu contingut incorporat en una multitud de tractats internacionals i constitucions i font d'inspiració de molts sistemes legals[26].

El dret a la igualtat i a la no-discriminació és un dels principis centrals dels drets humans, consagrat als articles 1[27] i 2[28] de la Declaració Universal dels Drets Humans. Concretament, l'article 2 proclama que els drets i llibertats continguts en la Declaració són també aplicables als immigrants en situació d'irregularitat, en tant que la situació administrativa d'una persona en un país no pot ser un criteri per justificar un tractament diferenciat d'aquella persona respecte al contingut de la Declaració. En relació amb la nacionalitat, aquest principi imposa que els Estats han de garantir tots i cadascun dels drets reconeguts als instruments de drets humans, sense discriminació entre nacionals i

[25] Instrument de Ratificació del Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, i esmenat pels Protocols addicionals números 3 i 5, de 6 de maig de 1963 i 20 de gener de 1966, respectivament. BOE, 10 d'octubre de 1979, núm. 243, pàgines 23564 a 23570.

[26] Andres, P. (2010). *Legislación básica de derecho internacional público*, Tecnos.

[27] L'article 1 de la Declaració declara que: "Tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i drets i, dotats com estan de raó i consciència, han de comportar-se fraternalment els uns amb els altres".

[28] L'article 2 de la Declaració estableix que: "Els drets i llibertats proclamats en aquesta Declaració són garantits a tots, sense cap distinció de raça, color, sexe, idioma, religió, opinió política o de qualsevol altra índole, origen nacional o social, posició econòmica, naixement o qualsevol altra condició".

estrangers[29]. Nogensmenys, es reconeix que els països poden establir algunes distincions objectives i raonables entre nacionals i estrangers, sempre que es realitzin amb respecte cap als drets humans. És a dir, els Estats tenen l'obligació de no discriminar entre nacionals i estrangers; però, en cas d'incloure-hi restriccions, aquestes no poden ser desproporcionades[30].

Pel que fa a la matèria migratòria, segons l'article 13 de la Declaració Universal de Drets Humans, *tota persona té dret a circular lliurement i a escollir la seva residència en el territori d'un Estat. Tota persona té dret a sortir de qualsevol país, inclòs del propi, i a retornar al seu país*. D'aquesta manera, els instruments internacionals de drets humans reconeixen el dret a sortir d'un Estat i la possibilitat de desplaçar-se o circular lliurement, però no reconeix el dret a entrar en un Estat. Per tant, els Estats tenen el dret de decidir qui admeten o no al seu territori, en funció de la seva normativa migratòria. Així també, la lliure circulació és un dret per als nacionals i estrangers en situació regular, alhora que els estrangers que no compleixin els requisits migratoris de l'Estat poden veure impedits l'exercici d'aquesta llibertat[31]. Això també es reconeix en el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics[32] de 1966 -ratificat per Espanya-, proclamant a l'article 12 que *tota persona que estigui legalment al territori d'un Estat tindrà dret a circular lliurement per ell i a triar lliurement en ell la seva residència. Tota persona tindrà dret a sortir lliurement de qualsevol país, fins i tot el propi*; garantint el dret a sortir de qualsevol país, però no el dret a entrar-hi. A més a més, l'article[33] continua assenyalant que aquest dret a

[29] Informe A/71/384 del relator especial sobre la promoció i protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme, de 13 de setembre de 2016.

[30] Observació General No. 14. (1999). *Comentaris generals adoptats per el Comitè dels Drets Humans, 67º període de sessions, U.N.* Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202.

[31] Observació General No. 27. (1999). *Comentaris generals adoptats per el Comitè dels Drets Humans, 67º període de sessions, U.N.* Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202.

[32] Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, fet a Nova York el 19 de desembre de 1966. BOE, 30 d'abril de 1977, núm. 103, pàgines 9337 a 9343.

[33] Segons l'article 12.3 del Pacte, "els drets sobre dits no poden ser objecte de restriccions, llevat de les previstes per la llei, les que siguin necessàries per protegir la seguretat nacional, l'ordre públic, la salut o la moral públiques o els drets i les llibertats d'altres, i que siguin compatibles amb els altres drets reconeguts en aquest Pacte".

la lliure circulació pot ser suspès per motius de seguretat nacional, ordre i moral pública o salut, deixant clar que no es tracta d'un dret universal.

En aquest sentit, de conformitat amb la resolució 1373 (2001) del Consell de Seguretat[34], s'exigeix als Estats que impedeixin *la circulació de terroristes o de grups terroristes imposant controls eficaços de fronteres i controls a l'expedició de documents d'identitat i de viatge*. Tanmateix, tal com assenyala el Relator Especial de les Nacions Unides sobre els drets humans dels migrats, François Créapeau, a la A/HRC/23/46[35], una resposta eficaç a les amenaces per a la seguretat no es pot basar en mesures que restringeixin la circulació i violin els drets dels refugiats i els immigrants. En la mateixa línia, a la A/71/384, el Relator Especial recorda que *si bé els Estats tenen el dret sobirà de determinar les condicions d'entrada i de permanència als seus territoris, també tenen l'obligació de respectar i protegir els drets humans de totes les persones que es troben sota la seva jurisdicció, independentment de la seva nacionalitat, origen o condició migratòria*. D'aquesta manera, comprovem com les fronteres internacionals no són zones d'exclusió o excepció respecte de les obligacions dels drets humans; per tant, els Estats han d'exercir la seva jurisdicció a les fronteres de manera compatible amb les seves obligacions en matèria de drets humans cap a totes les persones[36].

També hi ha altres tractats internacionals en matèria migratòria, però no són tant rellevants en el marc del present Treball. Un d'ells és la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats[37] de 1951 i el seu Protocol de 1967, que defineixen qui és un refugiat, estableixen les regles aplicables als individus als quals es garanteix el dret d'asil i les responsabilitats dels Estats que garanteixen l'asil. La Convenció també determina quines

[34] Resolució 1373 (2001) sobre mesures per combatre el terrorisme, aprovada pel Consell de Seguretat de les Nacions Unides en la seva 4385a sessió, celebrada el 28 de setembre de 2001. (BOE, 23 de novembre de 2001, núm. 281, pàgines 43030 a 43032).

[35] Informe A/23/46 del Relator Especial sobre els drets humans dels migrants, François Crépeau, de 24 d'abril de 2013.

[36] ACNUDH. (Ginebra, 2014). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales.*

[37] Instrument d'adhesió d'Espanya a la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats, feta a Ginebra el 28 de juliol de 1951, i Protocol sobre l'Estatut dels Refugiats, fets a Nova York el 31 de gener de 1967. BOE, 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàgines 24310 a 24328.

persones no es consideren com a refugiades, tals com els criminals de guerra[38]. També trobem la Declaració de Cartagena sobre Refugiats de 1984, que promou la ratificació de la Convenció de Ginebra de 1951 entre aquells Estats que encara no l'havien signat i impulsa l'adopció de normes internes que en facilitin l'aplicació. La seva transcendència internacional rau en l'ampliació de la definició de persona refugiada, ja que s'inclouen en la definició les persones que han fugit dels seus països perquè la seva vida, seguretat o llibertat han estat amenaçades per la violència generalitzada, l'agressió estrangera, els conflictes interns, la violació massiva dels drets humans o altres circumstàncies que hagin pertorbat greument l'ordre públic[39].

Comptat i debatut, el dret internacional vigent no imposa als Estats una forma determinada de govern dels fluxos migratoris ni dicta com formular les polítiques migratòries necessàries. Així doncs, el marc legal internacional existent es limita a establir una base sobre la qual tenir una governança migratòria que respecti els drets humans de l'individu i reconegui la competència dels Estats per controlar l'accés i l'estada dels no-nacionals (amb la notable excepció del principi de no-devolució[40]).

3.2. La Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea i el Conveni Europeu de Drets Humans

A la Unió Europea, les fonts normatives en matèria de drets i llibertats fonamentals les trobem anomenades a l'article 6 TUE, on s'estableix que *la Unió reconeix els drets, llibertats i principis enunciats a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea*, que *la Unió s'adherirà al Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals* i que *els drets fonamentals són fruit de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres formaran part del Dret de la Unió com a*

[38] TORRES, N. (2010). *Textos normativos de derecho internacional público*. Civitas.

[39] CEAR. (s.d.). *Diccionario de asilo*. https://diccionario.cear-euskadi.org/declaracion-de-cartagena/

[40] L'Organització Internacional per a les Migracions (Ginebra, 2011) defineix la no devolució com un "principi del dret internacional dels refugiats que prohibeix als estats retornar refugiats de qualsevol manera als països o territoris en què les seves vides o llibertats puguin estar amenaçades".

principis generals. D'aquesta manera constatem que les fonts normatives de drets i llibertats fonamentals a la Unió Europea són quatre: la CDFUE, el CEDH i la jurisprudència del TJUE i la del TEDH.

D'una banda, la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea[41] (en endavant, CDFUE) és un instrument de legislació de la UE que protegeix i promou els drets i llibertats fonamentals de les persones en la Unió Europea en l'àmbit civil, polític, econòmic i social[42]. La Carta té el mateix valor que els Tractats, és vinculant per tots els Estats membres per remissió de l'article 6 del Tractat de Lisboa[43], i s'aplica quan els drets continguts a la Carta són vulnerats o bé per les institucions de la Unió Europea o bé pels Estats membres en aplicació de la normativa europea.

En relació amb la matèria migratòria, els articles 1, 14, 31, 35, 37 i 47 de la CDFUE garanteixen el dret a la dignitat humana, a l'educació, a unes condicions de treball equitatives i justes, a l'assistència sanitària, a una tutela judicial efectiva i a un judici just, respectivament. Tots els drets esmentats a la Carta s'apliquen als immigrants en situació d'irregularitat encara que no s'esmenti explícitament[44], ja que, com també succeeix en el Conveni Europeu de Drets Humans (en endavant, CEDH), en les disposicions s'utilitzen termes generals com ara "tothom", "ningú", "cada persona", "tot treballador", "la gent gran", "infants i joves", "treballadors", empresaris", etc., sense diferenciar entre diferents nacionalitats o situacions administratives[45]. D'aquesta manera comprovem que tant el contingut de la CDFUE com el del CEDH són completament aplicables també als

[41] Carta dels Drets Fonamentals de la UE. DOUE, núm. 202, de 7 de juny de 2016, pàgines 389-405.

[42] Gutiérrez Espada C.; Cervell Hortal M.J.; Piernas López J.G. (2019). *La Unión Europea y su derecho*. Trotta.

[43] L'article 6 del Tractat de Lisboa estableix que: "La Unió reconeix els drets, llibertats i principis enunciats a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (...), la qual tindrà el mateix valor jurídic que els Tractats".

[44] Parkin J., Merlino M., (s.d.). *Fundamental and Human Rights Framework: Protecting Irregular Migrants in the EU*. Centre for European Policy Study. https://migration.etuc.org/en/docs_en/3%20Fundamental%20and%20Human%20Rights%20Framework_%20Protecting%20Irregular%20Migrants%20in%20the%20EU.pdf

[45] Peers S., Ward A., (2013). *The fundamental rights of irregular migrants in the European Union*. Ensayo.

immigrants en situació d'irregularitat, en tant que s'apliquen a tots els individus, sense fer-ne cap distinció.

En relació als immigrants en situació d'irregularitat, la CDFUE estableix a l'article 19 que *es prohibeixen les expulsions col·lectives i ningú no podrà ser retornat, expulsat o extradit a un Estat en què corri un greu risc de ser sotmès a la pena de mort, a tortura o a altres penes o tractes inhumans o degradants*. El primer apartat de l'article té el mateix significat i abast que l'article 4 del Protocol núm. 4 del CEDH -que veurem més endavant- pel que fa a les expulsions col·lectives, i té l'objectiu de garantir que cada decisió d'expulsió es basi en un examen individualitzat i que no es pugui decidir expulsar a totes les persones que tinguin la nacionalitat d'un Estat determinat (tal com dictamina l'article 13 del Pacte de Drets Civils i Polítics[46]). El segon apartat de l'article incorpora la jurisprudència pertinent del Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant, TEDH) relativa a l'article 3 del CEDH, reflectida en la sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant, STEDH) 25964/94 i a la STEDH 14038/88[47]. Per tant, observem com la Carta exigeix que les polítiques migratòries de retorn siguin capaces de garantir als immigrants unes condicions mínimes en el país al qual són retornats.

A més a més, l'article 47 CDFUE[48] estableix un dret a la tutela judicial efectiva i a un judici imparcial per a *tota persona que vegi violats els seus drets i llibertats garantits pel Dret de la Unió*, incloent-hi, per tant, els immigrants en situació d'irregularitat. Aquest article s'aplica respecte de les institucions de la Unió i dels Estats membres quan apliquen el dret de la Unió; per tant, és d'especial importància de cara a les pràctiques d'expulsió,

[46] Segons l'article 13 del Pacte de Drets Civils i Polítics: "L'estranger que estigui legalment al territori d'un Estat part en aquest Pacte només en pot ser expulsat en compliment d'una decisió adoptada d'acord amb la llei; i, tret que raons imperioses de seguretat nacional s'hi oposin, es permetrà a aquest estranger exposar les raons que ho assisteixin en contra de la seva expulsió, així com sotmetre el seu cas a revisió davant l'autoritat competent o bé davant la persona o persones designades especialment per aquesta autoritat competent, i fer-se representar amb aquesta finalitat davant seu".

[47] FRA. (s.d.). *Artículo 19 - Protección en caso de devolución, expulsión y extradición*. https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/19-proteccion-en-caso-de-devolucion-expulsion-y-extradicion#explanations

[48] Segons l'article 47 CDFUE: "Tota persona els drets i les llibertats garantits pel Dret de la Unió que hagin estat violats té dret a la tutela judicial efectiva respectant les condicions establertes en aquest article. Tota persona té dret que la seva causa sigui escoltada equitativament i públicament i dins un termini raonable per un jutge independent i imparcial, establert prèviament per la llei. Tota persona es podrà fer aconsellar, defensar i representar. S'ha de prestar assistència jurídica gratuïta als qui no disposin de prou recursos sempre que aquesta assistència sigui necessària per garantir l'efectivitat de l'accés a la justícia".

denegació i prevenció d'entrada que executen els Estats membres en relació amb els immigrants en situació d'irregularitat. El primer paràgraf es basa en l'article 13 CEDH[49], tot i que el Dret de la Unió Europea amplia la protecció prevista en el CEDH, ja que afegeix la garantia d'un dret a un recurs efectiu davant d'un jutge. En aquest sentit, el TJUE va consagrar aquest dret com a principi general del Dret de la UE a la STJUE 222/84[50] i a la STJUE C-97/91[51]. El segon paràgraf correspon a l'article 6.1 CEDH[52], tot i que d'acord amb la STJUE 294/83[53], aquest dret no s'aplica únicament en litigis relatius a drets i obligacions civils (tal com indica el CEDH), sinó que s'aplica a tota mena d'àmbits. I pel que fa al tercer paràgraf, d'acord amb la STEDH 6289/73[54], cal concedir assistència jurídica quan la seva absència pogués fer ineficaç la garantia d'un recurs efectiu[55].

D'altra banda, el Conveni Europeu de Drets Humans[56] (CEDH) de 1950 és un tractat internacional que té per objecte protegir els drets humans i les llibertats fonamentals, centrant-se principalment en els drets civils i polítics, permetent un control judicial del

---

[49] Segons l'article 13 CEDH: "Tota persona té drets i llibertats reconegudes en el present Conveni han estat violats té dret a la concessió d'un recurs efectiu davant una instància nacional, inclòs quan la violació hagi estat comesa per persones que actuen en l'exercici de les seves funcions oficials".

[50] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 15 de maig de 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206.

[51] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 3 de desembre de 1992, C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491.

[52] L'article 6.1 CEDH indica el següent: "Tota persona té dret a què la seva causa sigui escoltada equitativament, públicament i dins d'un termini raonable, per un Tribunal independent i imparcial, establert per la Llei, que decidirà els litigis sobre els seus drets i obligacions de caràcter civil o sobre el fonament de qualsevol acusació en matèria penal dirigida contra ella. La sentència ha de ser pronunciada públicament, però l'accés a la Sala d'Audiència es pot prohibir a la premsa i al públic durant la totalitat o part del procés en interès de la moralitat, de l'ordre públic o de la seguretat nacional en una societat democràtica, quan els interessos dels menors o la protecció de la vida privada de les parts en el procés així ho exigeixin o en la mesura considerada necessària per al Tribunal, quan en circumstàncies especials la publicitat pogués ser perjudicial per als interessos de la justícia".

[53] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentencia de 23 d'abril de 1986, C-294/83, EU:C:1986:166.

[54] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 9 d'octubre de 1979. Cas Airey contra Irlanda.

[55] FRA. (s.d.). *Artículo 47 - Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.* https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/47-derecho-la-tutela-judicial-efectiva-y-un-juez-imparcial

[56] Conveni Europeu per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950. Ratificat per Espanya el 26 de setembre de 1979. BOE, 10 d'octubre de 1979, núm. 243, pàgines 23564 a 23570.

respecte dels drets individuals mitjançant la creació del Tribunal Europeu de Drets Humans[57]. Les sentències del TEDH que determinin violacions de drets humans protegits a la CEDH són vinculants per als països signants, i la seva execució és supervisada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa[58].

Com ja s'ha analitzat anteriorment, el contingut del CEDH és aplicable a totes les persones que es trobin en territori europeu, fins i tot si es tracta d'immigrants en situació d'irregularitat. Això es posa de manifest en l'article 14 del Conveni, on es reconeix que *el gaudi dels drets i llibertats reconeguts en aquest Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació*. Tanmateix, la STEDH 17371/90[59] aclareix que *una distinció és discriminatòria al sentit de l'article 14, si "manca de justificació objectiva i raonable", és a dir, si no persegueix un "objectiu legítim" o si no existeix una "relació raonable de proporcionalitat entre els mitjans emprats i l'objectiu buscat". A més, els Estats signants gaudeixen d'un cert marge d'apreciació per determinar si les diferències entre condicions prèvies justifiquen un tractament diferenciat*. Per tant, encara que el contingut del CEDH és aplicable als immigrants en situació d'irregularitat, la jurisprudència del Tribunal permet que els legisladors europeus puguin arribar a establir un tractament diferenciat sempre que hi hagi una relació de proporcionalitat.

Dues disposicions del CEDH són fonamentals per a la protecció d'immigrants en situació d'irregularitat: el dret a no ser-ho subjectes a tortures o tractes inhumans i degradants consagrat a l'article 3[60]; i el dret al respecte privat i la vida familiar a l'article 8[61]. Així doncs, el TEDH ha elaborat una extensa i important jurisprudència amb l'objectiu de

---

[57] Martínez-Carande E. G. (1993). La significación general del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1130 (5), 29-42.

[58] EUR-Lex. (s.d.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).* https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/european-convention-on-human-rights-echr.html

[59] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de setembre de 1996. Cas Gaygusuz contra Àustria.

[60] Segons l'article 3 del CEDH: "Ningú no podrà ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants".

[61] Segons l'article 8 del CEDH: "Tota persona té dret al respecte de la vida privada i familiar, del domicili i de la correspondència".

protegir els drets dels estrangers a través d'una interpretació extensiva dels articles 3 i 8 CEDH[62]. Un dels aspectes més rellevants de cara a aquest treball és la interpretació que fa el TEDH respecte a la protecció davant de l'expulsió per via de l'article 3 del Conveni quan hi hagi un greu risc per a la vida de la persona, bé perquè l'immigrant corre el risc que al país al qual se l'expulsa sigui sotmès a una pena que porta la mort, una pena inhumana o degradant o maltractaments. Els criteris de valoració que el tribunal assenta en diverses sentències per a denegar l'expulsió es basen en la comprovació de què hi hagi un perill real i no merament hipotètic per a la persona[63] o bé en si l'estranger pateix una malaltia greu que no podrà ser tractada al país d'origen[64]. En addició, quan l'expulsió es realitza per via de l'article 8 CEDH i comporta una vulneració a la vida privada i familiar, el Tribunal, a la STEDH 25404/94[65], fa una valoració per denegar l'expulsió en base els vincles existents al país de residència i al d'origen, el coneixement de la llengua del país d'origen i la gravetat dels delictes comesos[66].

A més a més, de cara a analitzar la immigració irregular, també resulta d'especial rellevància l'article 4 del Protocol Nº4 del CEDH, el qual prohibeix l'expulsió col·lectiva d'estrangers, en tant que l'expulsió sempre ha de ser de forma individualitzada. Segons la STEDH 27765/09[67], l'objectiu d'aquesta prohibició d'expulsió col·lectiva és *impedir que els Estats puguin expulsar determinats estrangers sense abans examinar les seves circumstàncies personals i, així, sense deixar-los presentar els seus arguments en contra de la mesura adoptada per l'autoritat competent*. Aquesta visió es justifica de forma que

[62] Santolaya Macheti P. (2006). *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch.

[63] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 11 de juliol de 2000. Cas Jabari contra Turquia,; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 7 de juliol de 1989. Cas Soering contra Regne Unit.; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 27 d'agost de 1992. Cas Vijayanathan i Pusparajah contra França.

[64] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 2 de maig de 1997. Cas D. contra Regne Unit,: Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 6 de febrer de 2001. Cas Bensaid contra Regne Unit.

[65] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 d'octubre de 1997. Cas Boujlifa contra França.

[66] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 30 d'octubre de 1991. Cas Vilvarajah i altres contra Regne Unit,; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de juliol de 1995, Cas Nasri contra França.; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 7 d'agost de 1996. Cas C. contra Bèlgica,; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 d'octubre de 1997. Cas Boujlifa contra França.

[67] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 23 de febrer de 2012. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.

quan s'expulsa als sol·licitants d'asil a un tercer país sense examinar el fons de les sol·licituds d'asil, no es pot saber si les persones objecte d'expulsió corren el risc de rebre un tracte contrari a l'article 3 en el seu país d'origen, o si són simplement immigrants econòmics, tal com estableix la STEDH 47287/15[68].

També és rellevant destacar la jurisprudència consolidada que ha anat construint el TEDH en reconèixer el dret dels Estats membres a controlar l'entrada, la residència i l'expulsió d'estrangers, tal com estableixen la STEDH 41738/10[69] i la STEDH 27765/09[70]. En aquest sentit, el Tribunal subratlla la importància de la gestió i la protecció de les fronteres i del paper que exerceix sobre això, per als Estats interessats, el Codi de Fronteres Schengen[71], segons el qual *el control fronterer no s'efectua únicament en interès dels Estats membres en les fronteres exteriors dels quals es realitza, sinó en interès del conjunt dels Estats membres que han suprimit els controls a les fronteres interiors* i *ha de contribuir a la lluita contra la immigració clandestina i el tràfic d'éssers humans, així com a la prevenció de qualsevol amenaça a la seguretat interior, a l'ordre públic, a la salut pública i a les relacions internacionals dels Estats membres*. És per això que els Estats membres poden, en principi, establir a les seves fronteres disposicions destinades a permetre l'accés al seu territori únicament a aquelles persones que compleixin els requisits legals pertinents. Tot i això, el Tribunal també ha subratllat que els problemes als quals els Estats s'han d'enfrontar respecte a la gestió de fluxos migratoris o a la recepció de demandants d'asil no poden justificar la utilització de pràctiques incompatibles amb el Conveni o els seus Protocols, tal com anuncia la STEDH 27765/09.

Finalment, en relació a l'entrada i residència d'immigrants, els Estats poden establir diferències entre nacionalitats quan exerceixin el seu dret de sobirania a permetre o denegar l'accés al seu territori. En principi, no és il·legal celebrar acords o adoptar

[68] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 de novembre de 2019. Cas Ilias i Ahmed contra Hongria.

[69] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de desembre de 2016. Cas Paposhvili contra Bèlgica.

[70] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 23 de febrer de 2012. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.

[71] El Codi de fronteres Schengen estableix les normes aplicables a tota persona que creui les fronteres exteriors de l'espai de Schengen.

legislacions nacionals que donin a determinades nacionalitats drets privilegiats d'accés o permanència en el territori de l'Estat[72]. També es permet que els Estats imposin condicions diferenciades per l'entrada o la residència, com la prohibició d'accés a l'ocupació o de recurs a fons públics. No obstant això, els Estats han de tenir present que els instruments internacionals i europeus de drets humans prohibeixen la discriminació, fins i tot per motius de nacionalitat, en els diferents àmbits que es regulen[73].

3.3. Les directives europees

Fruit de la seva competència compartida, la UE disposa d'una àmplia legislació en matèria migratòria. No obstant això, arran de les dificultats trobades per adoptar una disposició general que cobreixi tota la immigració a la UE, l'enfocament actual consisteix a adoptar una legislació sectorial, per categoria d'immigrants[74].

Pel que fa a la immigració irregular, destaquen tres directives. La primera és la Directiva 2002/90/EC, envers la definició de la facilitació de l'entrada, trànsit i residència no-autoritzada[75]. La segona és Directiva 2004/81/EC, sobre el permís de residència expedit a nacionals de tercers països víctimes de tràfic d'éssers humans o que hagin estat objecte d'una acció per facilitar la immigració il·legal, que col·laborin amb les autoritats competents[76]. I, la tercera, és la Directiva 2008/115/EC, relativa a normes i procediments

---

[72] Peers S. (2008). *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, European Journal of Migration and Law.

[73] Carta dels Drets Fonamentals de la UE, article 21; CEDH, article 14 i protocol n.º 12, article 1; CSE, part V, article I.

[74] Parlament Europeu. (s.d.). *Immigration policy*. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/152/immigration-policy#:~:text=Competences,%2C%20for%20third-country%20nationals.

[75] Directiva 2002/90/CE del Consell, de 28 de novembre de 2002, destinada a definir l'ajut a l'entrada, la circulació i l'estada irregulars. DOUE L 328, de 5 de desembre de 2002, pàgines 17 i 18.

[76] Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de països tercers que siguin víctimes del tràfic d'éssers humans o hagin estat objecte d'una acció d'ajuda a la immigració il·legal, que cooperin amb les autoritats competents. DOUE L 261, de 6 d'agost de 2004, pàgines 19 a 23.

comuns als Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular[77] -coneguda també com a "Directiva de retorn"-.

La Directiva de retorn és segurament la més rellevant de cara al present treball, ja que és una de les principals fonts normatives pel que fa a la gestió de la immigració irregular per part dels Estats membres. La regla general inclosa a l'article 2.1 estableix que la Directiva és aplicable *als nacionals de tercers països en situació d'irregularitat en el territori d'un Estat membre*. Segons l'article 6 de la Directiva, *els Estats membres dictaran una decisió de retorn contra qualsevol nacional d'un tercer país que es trobi en situació d'irregularitat al seu territori, sense perjudici de les excepcions contemplades*. En aquest sentit, tal com dictamina l'article 7, els immigrants en situació d'irregularitat han de retornar voluntàriament al seu país d'origen, a un país de trànsit amb què la UE tingui un acord de repatriació o a un altre país a qui el retornat decideixi anar i sigui admès, en un termini d'entre 7 i 30 dies o més, depenent de diversos factors.

Nogensmenys, segons l'article 8, en cas que l'immigrant en situació d'irregularitat no hagi retornat voluntàriament, s'haurà d'emetre una ordre d'expulsió. Una vegada emesa aquesta ordre, l'immigrant en situació d'irregularitat serà internat en un centre diferenciat durant un període màxim de 6 mesos -ampliable a 12 mesos en cas de manca de cooperació de l'immigrant o problemes en el procés per a l'obtenció del permís del país implicat-. Finalment, en virtut de l'article 11, les decisions d'expulsió aniran acompanyades d'una prohibició d'entrada en territori europeu durant 5 anys per ser considerats una *amenaça greu per a l'ordre i la seguretat*.

Després de les corresponents transposicions i després de cert temps en la seva aplicació, el TJUE s'ha centrat principalment en aclarir la interpretació de la Directiva en relació a la seva incompatibilitat amb els drets penals dels diferents Estats membres, sobretot en l'adopció de mesures relatives a la tutela judicial efectiva, els terminis d'internament o la protecció de menors[78]. Això és causat al fet que, si bé la Directiva no deixa marge en el

[77] Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns als Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular. DOUE L 348, de 24 de desembre de 2008, pàgines 98 a 107.

[78] Lancha Muñoz, M. (2014). La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 34, 211-228.

seu àmbit d'aplicació per a les situacions de retorn, la veritat és que els Estats membres continuen conservant la seva competència en matèria penal per a l'establiment de sancions penals en les situacions de retorn o, en altres paraules, la criminalització de la immigració irregular. D'aquesta manera, el desenvolupament de la jurisprudència del TJUE s'ha centrat en la ingerència de les normes de Dret penal estatals a les situacions de retorn de nacionals de tercers Estats regulades per la pròpia Directiva[79].

Tal com explica Isabel Reig[80], amb caràcter general, el TJUE ha optat per establir la incompatibilitat de les normes penals estatals amb la Directiva de Retorn quan apliquen una pena privativa de llibertat criminalitzant per se la immigració irregular en una situació de retorn, tal com determinen la STJUE C-61/11[81] i la STJUE C-357/09[82]. No obstant això, el Tribunal matisa aquesta afirmació declarant, en alguns casos, la compatibilitat amb aquest tipus de penes -de privació de llibertat- quan s'ha aplicat el procediment de retorn, si el termini màxim d'internament ha expirat i no existeix causa que justifiqui el no retorn (STJUE C-329/11[83] i STJUE C-189/13[84]); i, en altres, declarant la compatibilitat dels sistemes mixtos o substitutius de multa o expulsió amb la Directiva de Retorn i la incompatibilitat amb l'arrest domiciliari quan aquest obstaculitza el retorn (STJUE C-430/11[85] i STJUE C-357/09[86]). Així mateix, el TJUE declara l'obligació de separar els interns per retorn dels presos comuns, com a garantia dels drets dels estrangers, implicant la permissibilitat respecte a l'internament en centre penitenciari davant

[79] Iglesias Buhigues, J. L. (2009). *Derechos fundamentales y Derecho Comunitario*. Thomson-Aranzadi.

[80] Reig Fabado, I. (2015). La Directiva de Retorno y la tutela judicial efectiva. *Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (19), 115-126.

[81] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 28 d'abril de 2011, C-61/11.

[82] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 30 de novembre de 2009, C-357/09, ECLI:EU:C:2009:741.

[83] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 6 de desembre de 2011, C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

[84] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència 3 de març de 2021, C-189/13.

[85] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 6 de desembre de 2012, C-430/11, EU:C:2012:777.

[86] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 30 de novembre de 2009. C-357/09, ECLI:EU:C:2009:741.

l'absència de centres especialitzats, tal com dictamina la STJUE C-473/13[87]. Pel que fa a drets processals fonamentals com la contradicció i audiència, el Tribunal afirma que els drets de defensa han de ser respectats si bé no sempre la seva infracció condueix a l'anul·lació de la resolució, tal com determina la STJUE C383/13[88].

D'altri, en relació també a la Directiva de retorn, la STJUE C-578/19[89] estableix que aquesta directiva s'ha d'interpretar en el sentit que, quan la normativa nacional, en cas de situació d'irregularitat de nacionals de tercers països al territori d'un Estat membre, imposi, o bé una sanció de multa, o bé l'expulsió, la segona mesura només es pot adoptar si hi ha circumstàncies agreujants en la persona d'aquests nacionals, addicionals a la seva situació d'irregularitat. Per tant, l'autoritat nacional competent no es pot basar directament en el que disposa la Directiva per adoptar una decisió de retorn i fer complir aquesta decisió, encara que no hi hagi circumstàncies agreujants[90]. En tot cas, a continuació veurem quines són les condicions concretes que s'han de complir en el marc de la normativa espanyola per poder adoptar la decisió de retorn.

3.4. La Constitució espanyola

El contingut de la Constitució espanyola de 1978, envers la matèria d'immigració, es limita a assenyalar a l'article 13.1 que *els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix aquest Títol als termes que estableixin els Tractats i la Llei*. A continuació, el text constitucional exclou expressament el dret de sufragi i l'accés als càrrecs públics, amb una excepció per a les eleccions locals als ciutadans dels Estats que alhora atorguin el sufragi als espanyols.

---

[87] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 17 de juliol de 2014, C-473/13.

[88] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 10 de setembre de 2013, C383/13.

[89] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 16 de setembre de 2019, C-578/19.

[90] Rojo Torrencilla E., (2021, Juny 28). *Inmigración. La decisión de expulsión debe estar debidamente motivada y justificada, en aplicación de la jurisprudencia de TJUE. No basta la mera estancia irregular en España. Un apunte a la sentència del TS (C-A) de 27 de mayo de 2021.* http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/inmigracion-la-decision-de-expulsion.html

Aquesta absència de contingut implica que, a l'hora d'analitzar el reconeixement de cadascun dels drets i llibertats dels immigrants a Espanya, s'hagi d'acudir a una interpretació conjunta del text constitucional, prenent, per una banda, tot el Títol I relatiu als drets i llibertats i introduint, de l'altra, la interpretació de l'article 14 CE relatiu al principi d'igualtat i no discriminació. Tanmateix, l'article 13.1 CE fa una menció expressa als tractats internacionals, cosa altament rellevant per als estrangers en tant que es proclama l'existència d'un conjunt de drets atribuïbles a tot ésser humà, creant el que s'ha definit com a "estàndard mínim internacional de dret" [91].

D'aquesta manera, en paraules de la STC 236/2007[92], *com qualsevol altre poder públic, el legislador també està obligat a interpretar els corresponents preceptes constitucionals d'acord amb el contingut dels tractats o convenis esmentats, que es converteix així en el contingut constitucionalment declarat dels drets i llibertats que enuncia el capítol segon del Títol I de la Constitució espanyola*. No obstant això, l'abast dels drets reconeguts als textos internacionals és relativament incert, ja que fins ara la manca de l'efecte directe de la majoria de les disposicions ha impedit l'atribució de drets subjectius.

En aquest sentit, el Tribunal Constitucional, en la STC 236/2007, entén els tractats internacionals com a paràmetres d'interpretació *que contribueixen a la millor identificació del contingut dels drets*, però nega la possibilitat de convertir els *tractats en cànon autònom de la validesa de les normes i actes dels poders públic*s, sinó que, per contra, es limita a establir *una connexió entre el nostre propi sistema de drets fonamentals i llibertats, d'una banda, i els convenis i els tractats internacionals sobre les mateixes matèries en què sigui part Espanya, d'una altra*. Així doncs, el Tribunal, en la STC 36/1991[93], no dona rang constitucional als drets i llibertats internacionalment proclamats quan no estiguin també consagrats per la nostra pròpia Constitució, però obliga a interpretar els corresponents preceptes d'aquesta d'acord amb el contingut dels tractats o convenis esmentats, de manera que, a la pràctica, aquest contingut es converteix en certa

[91] Vidal Fuero C. (2009). *Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE*. Tirant lo blanc.

[92] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007.

[93] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 36/1991, de 14 de febrer 1991.

manera en el contingut constitucionalment declarat dels drets i les llibertats que enuncia el capítol segon del Títol I de la Constitució.

Continuant amb la situació dels estrangers a Espanya, tot i que la norma constitucional de referència en relació amb la situació jurídica de l'estranger està constituïda per l'article 13 CE, l'àmplia majoria de la doctrina[94][95] reconeix que cal llegir-lo a la llum de l'article 10 CE[96], el qual estableix el principi segons el qual la dignitat humana i els drets inviolables que li són inherents són el fonament de l'ordre polític i de la pau social. D'aquesta manera, la Constitució espanyola, fonamentant el seu propi catàleg de drets en la dignitat humana, afirma el principi conforme al qual hi ha drets connaturals a la persona. D'això es deriva que, per establir la titularitat del gaudi d'aquests drets, no és possible distingir entre ciutadans espanyols i estrangers, però tampoc entre estrangers en funció de la situació administrativa de la seva residència en el territori[97].

A més a més, el segon apartat del mateix article 10 CE[98] imposa interpretar el contingut dels drets fonamentals reconeguts a la llum del contingut dels tractats internacionals ratificats per Espanya. D'aquesta manera, el principi constitucional de la dignitat humana i dels drets inviolables que li són inherents conté en si mateix la idea que hi ha un nucli de drets fonamentals que corresponen a la persona, amb independència de la seva nacionalitat o de la seva situació regular o irregular en el territori[99]. La Constitució espanyola estableix així un estatut de l'estranger que garanteix a qualsevol immigrant –

---

[94] Roig Molés E. (2003), Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado.

[95] García Ruiz J. L. (2004), La condición de extranjero y el derecho constitucional espanyol, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, (2), 78-82.

[96] L'article 10.1 CE estableix que: "La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el desenvolupament lliure de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social".

[97] Scuto F. (s.d.). *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*. https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm#15

[98] L'article 10.2 CE estableix que: "Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i els acords internacionals sobre les mateixes matèries ratificats per Espanya".

[99] Scuto F. (s.d.). *Derechos de los inmigrantes en situación irregular.* https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm#17

fins i tot si la seva situació no és regular respecte de les normes sobre el permís de residència– un estàndard de drets inviolables que el legislador ha de respectar en qualsevol cas[100].

Així doncs, la regulació dels drets fonamentals dels estrangers a Espanya s'emprèn en una pluralitat de normes de diferent rang dins del seu sistema de fonts: la Constitució de 1978 i, en particular, el Títol I; els tractats internacionals relatius a drets (sobre la base de l'article 10.2 i de l'article 13.1 CE) i la llei orgànica sobre drets dels estrangers (sobre la base de l'article 13.1 CE) -tal com veurem més endavant-.

La primera sentència rellevant del Tribunal Constitucional en matèria d'interpretació dels drets i llibertats dels estrangers va ser la STC 107/1984[101], on es va tractar la interpretació del principi d'igualtat de l'article 14 CE en relació amb la població estrangera, resolent, de forma indirecta, també l'abast de l'article 13.1 CE. Segons el TC, *quan l'article 14 de la Constitució proclama el principi d'igualtat, el fa referint-se amb exclusivitat als «espanyols». Són aquests els qui, de conformitat amb el text constitucional, ´són iguals davant la Llei i no existeix cap prescripció que estengui tal igualtat als estrangers*. Seguidament, el TC matisa aquesta afirmació en assenyalar que la igualtat jurídica dels immigrants s'ha d'interpretar conforme a l'article 13 CE i crea una triple categoria de drets.

La primera categoria es refereix als drets que pertanyen a la persona i que, d'aquesta manera, resulten imprescindibles per a la garantia de la dignitat humana -protegida a l'article 10.1 CE-, declarant que existeixen tant per als estrangers com per als espanyols en idèntics termes. Aquests drets inherents a la dignitat de la persona[102] són el dret a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, a la llibertat ideològica[103], a la llibertat i

[100] Roig Molés E. (2003), *Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado.

[101] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 107/1984, de 23 de novembre de 1984.

[102] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 91/2000, de 30 de març de 2020, FJ 7.

[103] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 107/1984, de 3 de agost de 1984, FJ 3.

a la seguretat[104] i el dret a no ser discriminat[105]. La segona categoria recau sobre els drets polítics derivats de l'article 23 CE (dret de vot), els quals estan reservats exclusivament als espanyols, tret del sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals. I, finalment, la resta de drets els defineix com "drets de configuració legal", ja que depenen del que s'estableixi en els tractats i les lleis; sent admissible el que es fixin diferències entre els estrangers i els nacionals. Amb aquest primer pronunciament, el Tribunal Constitucional incorpora l'anomenada "teoria tripartida dels drets", la qual ha estat mantinguda com a jurisprudència consolidada fins avui en dia[106].

Però envers els drets fonamentals dels immigrants en situació d'irregularitat, la primera sentència rellevant del Tribunal va ser la STC 95/2003[107], en la que va declarar il·legítima i inconstitucional la norma que només reconeixia el dret a l'assistència jurídica gratuïta als estrangers en possessió d'un permís de residència[108]. Ja que un cop identificada la garantia del contingut essencial del dret, el Tribunal ha estimat que una diferenciació entre persones –en aquest cas entre estrangers residents regularment i estrangers sense permís de residència– no seria en cap cas admissible en virtut del principi de la dignitat humana.

A més, a la STC 236/2007[109], el Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre diversos drets que la Llei Orgànica 8/2000[110] havia negat als estrangers en situació d'irregularitat[111], declarant inconstitucionals aquestes restriccions. També en aquest cas el Tribunal parteix de la seva jurisprudència anterior per afirmar que el legislador no pot

---

[104] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 144/1990, de 26 de setembre de 1990, FJ 5.

[105] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 137/2000, de 29 de maig de 2020, FJ 1.

[106] Vidal Fueyo M. C. (2009), La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29 (85), 344-350.

[107] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 95/2003, de 22 de maig de 2003.

[108] Es tractava de l'article 2 de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta.

[109] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007.

[110] Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE núm. 307, de 23 de desembre de 2000, pàgines 45508 a 45522).

[111] Aquesta llei havia limitat severament el dret de reunió, associació, vaga, llibertat sindical, dret a l'educació i dret a l'assistència jurídica gratuïta dels estrangers que no tenien l'autorització de residència.

negar als estrangers, sigui quina sigui la situació en què es trobin, l'exercici dels drets amb un alt grau de connexió amb la dignitat humana que es configura, prescindint de la condició particular de cada persona, com *un mínim invulnerable que tot estatut jurídic ha d'assegurar*[112]. Referint-se expressament als immigrants que es troben irregularment al territori, el Tribunal afirma que *l'incompliment dels requisits d'estada o residència a Espanya per part dels estrangers no permet al legislador privar-los dels drets que corresponen constitucionalment en la seva condició de persona, amb independència de la seva situació administrativa*.

Tal com explica F. Balaguer Callejón[113], aquesta sentència ha suscitat alguns dubtes en la doctrina que, tot acollint de manera positiva el seu contingut general per salvaguardar els drets fonamentals de tots els estrangers, ha subratllat alguns aspectes problemàtics. Un d'ells és el fet que el Tribunal va procedir a declarar la inconstitucionalitat, amb la conseqüent nul·litat, de les normes que limitaven l'assistència jurídica gratuïta i el dret a l'educació dels irregulars, però, malgrat sancionar-ne la inconstitucionalitat, no va declarar la nul·litat d'altres normes que feien el mateix amb la llibertat de reunió, associació, o la llibertat sindical, justificant aquesta selecció sobre la base del risc que podria produir un buit normatiu en cas d'anul·lació.

Finalment, sobre el possible reconeixement d'un dret a immigrar, l'article 19 CE expressa que *els espanyols tenen dret a escollir lliurement la seva residència i a circular pel territori nacional. Així doncs, tenen dret a entrar i sortir lliurement d'Espanya*. En aquest article observem com el poder constituent només reconeix un dret de lliure circulació intern enfocat de cara als ciutadans espanyols, però no als estrangers. Aquest dret a la mobilitat interna es reconeix als estrangers en els termes de l'article 5.1 de la Llei Orgànica 4/2000[114], tal com veurem més endavant. En la mateixa línia, la STC 236/2007 estableix que *el dret a entrar a Espanya no és un dret fonamental del qual siguin titulars*

---

[112] Vidal Fueyo M. C. (2009), La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29 (85), 353-379.

[113] Balaguer Callejón F. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (10), 481-505.

[114] Llei Orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE núm 10, del 12 de gener del 2000).

els estrangers amb suport a l'article 19 CE, estant l'entrada condicionada al compliment dels requisits establerts a l'article 25 de la Llei d'Estrangeria (en endavant, LOEX) i l'article 4 del seu Reglament[115]. Per tant, podem constatar com la Constitució espanyola, com també el dret internacional, ens confirma la manca d'un dret universal a poder immigrar i escollir lliurement el lloc de residència o treball.

3.5 La Llei d'Estrangeria

La regla general aplicable en la determinació dels drets dels estrangers, anunciada a l'article 3 LOEX[116], estableix que l'abast i el contingut dels drets dels estrangers a Espanya serà determinat, directa o indirectament, per la Constitució espanyola, els tractats internacionals, la Declaració Universal dels Drets Humans i la mateixa Llei d'estrangeria. Alguns dels drets i llibertats dels immigrants que són regulats a la LOEX són el dret a la llibertat de circulació (article 5)[117], les llibertats de reunió i manifestació (article 7), el dret al treball i a la Seguretat Social (article 10), el dret a l'assistència sanitària (article 12) o el dret a la intimitat familiar (article 16).

El contingut de la Llei d'Estrangeria aplica a tots els estrangers en territori espanyol, independentment de si la seva situació és regular o irregular. Tanmateix, la llei no equipara aquestes dues situacions i, tal com veurem més endavant, regula una sèrie de

[115] Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de reformar-la per llei orgànica 2/2009. (BOE núm. 103, del 30 d'abril de 2011).

[116] L'article 3 LOEX proclama el següent: "1. Els estrangers gaudiran a Espanya dels drets i les llibertats reconeguts en el títol I de la Constitució en els termes que estableixen els tractats internacionals, aquesta Llei i en què regulin l'exercici de cadascun. Com a criteri interpretatiu general, s'entendrà que els estrangers exerciten els drets que els reconeix aquesta Llei en condicions d'igualtat amb els espanyols. 2. Les normes relatives als drets fonamentals dels estrangers seran interpretades de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i amb els tractats i acords internacionals sobre les mateixes matèries vigents a Espanya, sense que es pugui al·legar la professió de creences religioses o conviccions ideològiques o culturals de signe divers per justificar la realització d'actes o conductes contraris a aquestes".

[117] D'aquesta manera, els estrangers que es trobin a Espanya d'acord amb el que estableix el Títol II d'aquesta Llei tenen dret a circular lliurement pel territori espanyol i a triar la seva residència sense més limitacions que les establertes amb caràcter general pels tractats i les lleis, o les acordades per l'autoritat judicial, amb caràcter cautelar o en un procés penal o d'extradició en què l'estranger tingui la condició d'imputat, víctima o testimoni, o com a conseqüència d'una sentència ferma.

figures jurídiques per a combatre i desincentivar l'entrada irregular d'immigrants en territori espanyol. Però de forma prèvia, en els articles 25[118] i 27[119] estableix quins són els requisits per a l'entrada en territori espanyol i els requisits per a l'expedició del visat, respectivament.

Aleshores, la situació d'irregularitat d'un estranger en territori espanyol és tipificada com a infracció greu a l'article 53.1.a) LOEX[120]. Però, tot i això, a Espanya l'entrada irregular en territori nacional no està tipificada com a delicte en el Codi Penal, a diferència d'altres països europeus com Bèlgica[121], Xipre[122], Dinamarca[123], Estònia[124], Finlàndia[125], França[126], Alemanya[127], Grècia[128], Irlanda[129], Lituània[130], Luxemburg[131], Romania[132],

---

[118] L'article 25 LOEX estableix que "l'estranger que pretengui entrar a Espanya ho haurà de fer pels llocs habilitats a aquest efecte, trobar-se proveït del passaport o document de viatge que acrediti la seva identitat, que es consideri vàlid per a aquest fi en virtut de convenis internacionals subscrits per Espanya i no estar subjecte a prohibicions expresses. (...)".

[119] L'article 27 LOEX estableix que "el visat se sol·licitarà i expedirà a les Missions Diplomàtiques i Oficines Consulars d'Espanya (...)".

[120] Segons l'article 53.1.a) LOEX: "Són infraccions greus: a) Trobar-se irregularment en territori espanyol, per no haver obtingut la pròrroga d'estada, mancar d'autorització de residència o tenir caducada més de tres mesos l'autorització esmentada, i sempre que l'interessat no n'hagi sol·licitat la renovació en el termini previst reglamentàriament (…)".

[121] Article 75 de la Llei de 15 de desembre de 1980 sobre l'entrada, l'estada, l'assentament i l'expulsió dels estrangers, Bèlgica.

[122] Article 105 de la Llei d'estrangeria i immigració de 1952, Xipre.

[123] Article 55.1 de la Llei d'estrangeria del 2 d'octubre de 2012, Dinamarca.

[124] Articles 258 i 260 del Codi Penal, Estònia.

[125] Article 185 de la Llei 301/2004 d'estrangeria i article 17.7 del Codi Penal, Finlàndia.

[126] Article 621.1 del Codi d'entrada i estada d'estrangers, França.

[127] Article 95 de la Llei Federal de residència del 30 d'octubre de 2017, Alemanya.

[128] Article 83.1 de la Llei 3386/2005, Grècia.

[129] Article 5 de la Llei d'estrangeria de 2003, Irlanda.

[130] Article 291 del Codi Penal, Lituània.

[131] Article 140 de la Llei d'estrangeria, Luxemburg.

[132] Article 65 i 139 de la Llei fronterera i article 330 del Codi Penal, Romania.

Suècia[133] i Regne Unit[134], on sí que està tipificada com a delicte. En el cas espanyol, la Llei d'Estrangeria contempla quatre figures jurídiques que regulen aquesta situació mitjançant el retorn de l'immigrant en situació d'irregularitat: expulsió, denegació d'entrada, devolució, i rebuig en frontera.

La primera figura és la de l'expulsió, regulada a l'article 57 LOEX, on s'estableix que *quan els infractors siguin estrangers i realitzin conductes de les tipificades com a molt greus, o conductes greus de les previstes als apartats a), b), c), d) i f) de l'article 53.1 d'aquesta Llei Orgànica, es pot aplicar, en atenció al principi de proporcionalitat, en lloc de la sanció de multa, l'expulsió del territori espanyol*; sent una de les conductes citades -la conducta "*a)*"- el trobar-se irregularment en territori espanyol, com ja hem vist a la pàgina anterior. Tanmateix, l'article 55.1.b també sanciona les infraccions greus amb una multa de 501 fins a 10.000 euros. Per tant, tenint en compte que l'article 57.3 exclou la possibilitat d'aplicar conjuntament sancions d'expulsió i multa, comprovem com les autoritats competents podrien arribar a aplicar una de les dues sancions possibles als immigrants en situació d'irregularitat.

Amb relació a aquestes dues possibilitats, segons el professor Eduardo Rojo[135], la ja citada STJUE (C-568/19)[136] permet determinar que la doctrina jurisprudencial del TS estableix que si un estranger que incorre en una infracció greu (per exemple l'estada irregular) tipificada a l'art. 53.1 LOEX, *la sanció preferent o principal a imposar és la de multa i la secundària la d'expulsió, en consideració al principi de proporcionalitat, només quan concorrin circumstàncies negatives agreujants a banda de la mera situació d'estada irregular a Espanya, per aplicació del previst als articles 55.1.b), 55.3 i 57.1 de la LOEX*. A més a més, la sentència del Tribunal Suprem (en endavant, STS) 366/2021[137] també

[133] Article 20 de la Llei d'Estrangeria de 2005, Suècia.

[134] Article 24 de la Llei d'estrangeria de 1971, Regne Unit.

[135] Rojo Torrencilla E., (2021, Juny 28). *Inmigración. La decisión de expulsión debe estar debidamente motivada y justificada, en aplicación de la jurisprudencia de TJUE. No basta la mera estancia irregular en España. Un apunte a la sentència del TS (C-A) de 27 de mayo de 2021.* http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/inmigracion-la-decision-de-expulsion.html

[136] Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 8 d'octubre de 2020, C-568/19, ECLI:EU:C:2020:807.

[137] Tribunal Suprem. Sentència núm. 366/2021, de 10 de febrer de 2021.

resulta ser de vital importància per a poder conèixer la interpretació jurídica que realitza el tribunal envers la Directiva 2008/115/EC i els articles 53 i 55 de la Llei d'estrangeria. En aquesta sentència, el TS va sentenciar que la situació d'irregularitat no és raó suficient per a multar o expulsar a una persona immigrant, obligant a l'administració a demostrar que, a més, també incorren circumstàncies agreujants per poder executar l'expulsió. I és que en paraules del Tribunal, *en el sistema de la Llei la sanció principal és la de multa, mentre que la sanció més greu i secundària, com ho és l'expulsió, requereix una motivació específica, i diferent o complementària de la pura permanència il·legal, ja que aquesta és castigada simplement, com hem vist, amb multa.* Així doncs, amb aquestes sentències observem com el criteri jurisprudencial és que la mera irregularitat migratòria no arriba a justificar, per si mateixa, l'expulsió de l'immigrant en situació d'irregularitat, sent preferent la seva sanció amb una multa. En tot cas, per tal d'executar l'expulsió, l'administració ha de fer una anàlisi individualitzat de cada cas i demostrar que hi concorren circumstàncies agreujants que justifiquin la proporcionalitat de la mesura d'expulsió.

La segona figura jurídica és la denegació d'entrada, regulada a l'article 26.2 de la Llei d'estrangeria, que implica prohibir l'entrada en territori espanyol, mitjançant una resolució motivada i amb informació sobre els terminis i els recursos que puguin imposar-hi, als estrangers que no compleixin els requisits establerts per a l'entrada.

És a dir, la denegació d'entrada és una resolució adoptada per la Policia de frontera contra l'estranger que pretén entrar a Espanya per un lloc habilitat, però sense complir els requisits que s'exigeixen, com per exemple, no tenir visat, no poder acreditar el motiu de l'entrada o no disposar de diners per a l'estada al país[138].

La tercera figura jurídica és la devolució, tal com es recull a l'article 58.3 LOEX, el qual estableix que *no cal expedient d'expulsió per a la devolució dels estrangers que, havent estat expulsats, contravinguin la prohibició d'entrada a Espanya o que pretenguin entrar il·legalment al país*. És a dir, la figura de la devolució és aplicable quan un immigrant intenta entrar il·legalment a Espanya i és interceptat per les Forces i Cossos de Seguretat

[138] Plasencia Domínguez, N. (2017), Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería. *Diario La Ley*, (8984), 22.

de l'Estat[139]. Tanmateix, malgrat que l'article 58.3 no exigeixi expedient d'expulsió en els dos supòsits previstos, l'article 23.3 del Reial Decret 557/2011 -que marca el Reglament d'Estrangeria- estableix el protocol a seguir per a dur a terme la devolució: l'estranger ha de ser conduït davant de la Policia Nacional per ser identificat. Allà tindrà accés a assistència lletrada i intèrpret i s'adoptarà una decisió administrativa mitjançant una resolució, que no tindrà caràcter sancionador[140].

La quarta i última figura jurídica contemplada per la Llei d'estrangeria per a regular la situació dels immigrants en situació d'irregularitat és el rebuig en frontera, coneguda popularment com a "devolució en calent". Aquesta figura està regulada en la Disposició Addicional Desena de la Llei d'estrangeria, establint un règim especial per als estrangers en situació d'irregularitat que siguin detectats en la línia fronterera de Ceuta o Melilla. Segons aquesta disposició, aquells estrangers que siguin detectats en el mateix moment en què intenten creuar irregularment la frontera, mitjançant la superació dels elements de contenció fronterers, podran ser rebutjats per impedir el seu ingrés il·legal a Espanya. Cal remarcar, però, que la mateixa disposició estableix en el seu segon punt que *el rebuig es realitzarà respectant la normativa internacional de drets humans i de protecció internacional de què Espanya és part*. Aquesta pràctica és que es coneix com a "devolucions en calent", i serà estudiada en profunditat més endavant.

[139] Plasencia Domínguez, N. (2017), Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería. *Diario La Ley*, (8984), 26.

[140] Plasencia Domínguez, N. (2017), Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería. *Diario La Ley*, (8984), 37.

4. ELS DRETS I LLIBERTATS DELS IMMIGRANTS EN SITUACIÓ D'IRREGULARITAT

4.1. Els drets laborals

L'aproximació a aquest primer aspecte del conjunt de drets i llibertats dels immigrants en situació d'irregularitat ha estat escollit a causa de la mateixa naturalesa del fenomen migratori. Ja que la gran majoria d'immigrants decideixen immigrar per una raó econòmica[141] (cercar més oportunitats laborals, un millor nivell de vida, etc.), la qual se soluciona mitjançant el treball; motiu pel qual esdevé fonamental analitzar quins drets laborals tindran els immigrants en situació d'irregularitat, un cop intentin dur a terme una activitat laboral en territori espanyol.

En aquest sentit, les normes bàsiques de la legislació laboral s'apliquen a tots els treballadors, independentment del seu estatus administratiu. L'article 31 de la CDFUE proclama que *tot treballador té dret a treballar en condicions que respectin la seva salut i seguretat i dignitat*, raó per la qual les mesures de política social de lluita contra l'exclusió i protecció els drets dels treballadors que preveuen els articles 151 i 152 del TFUE no estan expressament restringits als nacionals o als immigrants en situació de regularitat, sinó que també apliquen als immigrants en situació d'irregularitat. Seguint la mateixa línia, la Directiva 89/391/CEE sobre seguretat i salut en el treball[142] defineix "treballador" com *qualsevol persona emprada per un empresari sense limitar-lo als treballadors habituals*, reforçant la idea que els treballadors immigrants en situació d'irregularitat gaudeixen dels mateixos drets laborals bàsics que qualsevol altra persona.

[141]Duch J. (2023). Exploring migration causes: why people migrate. *European Parliament*. https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/7/story/20200624STO81906/20200624STO81906_en.pdf

[142] Directiva 89/391/CEE del Consell, de 12 de juny de 1989, relativa a l'aplicació de mesures per promoure la millora de la seguretat i de la salut dels treballadors a la feina. DOUE L 183, de 29 de juny de 1989, pàgines 1 a 8.

A Espanya, la jurisprudència constitucional, a la STC 236/2007[143], declara que *l'absència del requisit de la regularitat no permet al legislador privar-los dels drets que els corresponen constitucionalment a la seva condició de persones*. Seguint aquesta línia, l'article 36.5 estableix que *la manca de l'autorització de residència i treball (...) no invalidarà el contracte de treball respecte als drets del treballador estranger, ni serà obstacle per a l'obtenció de les prestacions derivades de supòsits contemplats pels convenis internacionals de protecció als treballadors. En tot cas, el treballador que no tingui autorització de residència i treball no pot obtenir prestacions per desocupació*. Per tant, el contracte de treball de l'estranger no autoritzat no és, en l'actual ordenament jurídic, un contracte nul; no podent-se veure privat el treballador d'una protecció que, en el nostre sistema de relacions laborals, és inherent al contracte de treball i així ho ha estat sempre des de la Llei d'Accidents de Treball de 1900[144].

Com ja hem analitzat prèviament, segons l'article 13 CE, els estrangers gaudeixen a Espanya de les llibertats públiques garantides al Títol I, en els termes que estableixin els Tractats i la Llei. Dins d'aquest Títol I trobem dos preceptes que es poden connectar amb la protecció social dels treballadors estrangers. Un seria l'article 41, que obliga els poders públics a mantenir un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans, i un altre, el 43.1 del mateix text constitucional, que reconeix el dret a la protecció de la salut.

Però la qüestió és si els treballadors estrangers en situació d'irregularitat, els quals no poden incorporar-se en el sistema de la Seguretat Social (per no trobar-se en possessió de l'autorització de residència i treball necessàries), tenen dret a les prestacions que dispensa la Seguretat Social. Aquesta qüestió la resoldrem enfocant-nos en dos aspectes fonamentals per a qualsevol treballador: el dret a les prestacions inherents a un acomiadament improcedent i el dret a rebre subsidis d'atur.

Amb relació al primer aspecte -si un treballador estranger que manca del corresponent permís de treball, una vegada acomiadat, té dret o no a les prestacions inherents a un acomiadament improcedent-, aquest troba la seva resposta en la jurisprudència del

[143] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007.

[144] Rubio Velasco M.F. (2020). *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes irregulares en España*. Laborum Ediciones.

Tribunal Suprem (en endavant, TS) en la STS, Sala de lo Social, rec. 2398/2012[145] i en la STS, Sala Social, rec. 3428/2010[146]. El Tribunal el que fa es interpretar literalment l'article 36.5 LOEX, segons el qual *la manca d'autorització de residència i treball, sense perjudici de les responsabilitats de l'empresari a què doni lloc, incloses les de Seguretat Social*. Per tant, el Tribunal conclou que, si bé el contracte de treball de l'estranger, sense l'autorització preceptiva, està afectat de la sanció de nul·litat que estableix la llei (article 7.1 de l'Estatut dels Treballadors en relació amb l'article 36.1 de la LOEX), la mateixa llei limita els efectes *ex nunc* de la nul·litat, proclamant-ne la validesa pels efectes dels drets del treballador afectat. D'aquesta manera, comprovem com els treballadors immigrants en situació d'irregularitat també gaudeixen del dret a rebre les prestacions pertinents en cas d'acomiadament improcedent.

I, amb relació al segon aspecte -si un immigrant en situació d'irregularitat té o no dret a inscriure's com a demandant d'ocupació i percebre les prestacions de desocupació de la Seguretat Social que li corresponguin pel temps treballat en una empresa sense haver estat donat d'alta a la Seguretat Social-, també hi ha una resposta clara d'acord amb la legislació existent i la jurisprudència emanada del Tribunal Suprem. En primer lloc, l'article 36.5 LOEX estableix que *el treballador que no tingui autorització de residència i treball no pot obtenir prestacions per desocupació*; per tant, trobem una primera resposta clara i contundent per part de la legislació, la qual nega aquest dret als immigrants en situació d'irregularitat. En segon lloc, l'article 262.1 de la Llei General de la Seguretat Social[147] (en endavant, LGSS) només atorga el dret a la prestació per desocupació als que "podent i volent treballar" perden la feina, i els estrangers en situació d'irregularitat, encara que vulguin, no poden treballar legalment, ja que no tenen ni l'autorització de residència ni la de treball; és a dir, la legislació implícita que els immigrants en situació d'irregularitat no poden gaudir del dret en qüestió per manca de capacitat legal per a treballar[148]. En tercer lloc, l'article 266.1.a) de la LGSS estableix que *per tenir dret a les prestacions per*

[145] Tribunal Suprem. Sala de lo Social, rec. 2398/2012, de 17 de setembre de 2013.

[146] Tribunal Suprem. Sala Social, rec. 3428/2010, de 21 de juny de 2011.

[147] Reial Decret Legislatiu 8/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (BOE núm. 261, de 31 d'octubre de 2015).

[148] López Insua B.M. (2020). *Protección social de las personas inmigrantes: modelo garantista*. Atelier.

desocupació les persones compreses a l'article 264 han d'estar afiliades a la Seguretat Social i en situació d'alta o assimilada a l'alta en els casos que es determinin legalment o reglamentàriament. I, més endavant, a l'article 268.1 s'estableix que només poden sol·licitar la prestació de desocupació *les persones que compleixin els requisits establerts a l'article 266*, resultant evident que un immigrant en situació d'irregularitat no pot complir aquests requisits per manca d'autorització administrativa per residir i treballar a Espanya, no podent un immigrant en situació d'irregularitat ni formalitzar una sol·licitud d'atur. Finalment, per acabar de clarificar la resposta a la qüestió d'estudi, l'article 266.c) de la LGSS estableix com a requisit inexcusable per tenir dret a desocupació el *trobar-se en situació legal de desocupació, acreditar disponibilitat per buscar activament ocupació i per acceptar col·locació adequada*.

La jurisprudència del Tribunal Suprem a la STS, Rec. 800/2007[149] i a la STS, Rec. 3177/2007[150], argumenta que la denegació d'aquest dret no contradiu l'article 14 de la LOEX, el qual indica que *els estrangers residents tenen dret a accedir a les prestacions i els serveis de la Seguretat Social en les mateixes condicions que els espanyols*. A ulls del Tribunal, no el contradiu perquè partint de l'article 30 bis LOEX, *són residents els estrangers que es trobin a Espanya i siguin titulars d'una autorització per residir*, de mode que queda clar que els estrangers en situació d'irregularitat no tenen el dret a les prestacions de la Seguretat Social que el primer paràgraf sí reconeix els estrangers residents (és a dir, als estrangers en situació regular i amb el corresponent permís de residència). Per consegüent, el Tribunal també conclou que no pot reconèixer-se dret a prestació d'atur als estrangers que no compten amb les autoritzacions per residir i per treballar necessàries.

En conclusió, comprovem que, tot i tenir uns drets laborals bàsics que són completament aplicables i poden ser gaudits pels immigrants en situació d'irregularitat, també existeix tota una sèrie de drets laborals que els treballadors en situació d'irregularitat administrativa no poden gaudir.

[149] Tribunal Suprem, Rec. 800/2007, de 18 de març de 2008.

[150] Tribunal Suprem, Rec. 3177/2007, de 12 de novembre de 2008.

4.2. El dret a l'assistència sanitària

El segon àmbit normatiu escollit per a l'estudi és el de l'assistència sanitària pública, ja que els immigrants en situació d'irregularitat estan especialment en risc de quedar-ne exclosos del sistema sanitari públic, amb possibles conseqüències tant per a ells mateixos com per a la salut pública. És per això que la regulació de l'accés a l'assistència sanitària pública per als immigrants en situació d'irregularitat és tan rellevant.

En aquest sentit, la norma de dret internacional més forta la trobem a l'article 12 del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals[151] de 1966, on es reconeix que *els Estats han de garantir el dret de tothom al gaudi del més alt nivell assolible de salut física i mental*. Aquesta disposició tan ambigua ha estat concretada pel Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals de l'ONU, establint que, com a mínim, els Estats han de garantir l'accés a l'atenció primària essencial i a l'atenció mèdica primària i d'urgència[152]. D'aquesta manera, "negar o limitar la igualtat d'accés per a totes les persones", inclosos els immigrants en situació d'irregularitat, a "serveis de salut preventiva, curativa i pal·liativa", seria, segons l'Observació General núm. 14/2000 del mateix òrgan, un incompliment del Pacte[153].

En l'àmbit europeu, l'article 168 TFUE destaca que *s'ha de garantir un nivell alt de protecció de la salut humana en la definició i implementació de totes les polítiques de la Unió Europea*. A més a més, també esmenta que l'acció de la UE *complementarà polítiques nacionals i haurà d'estar dirigida a la millora salut pública, prevenció de malalties físiques i mentals i malalties, i evitar les fonts de perill per a la salut física i mental*. A l'hora d'aplicar la legislació de la UE, els Estats membres han de respectar l'article 35 CDFUE, que estableix que *tota persona té dret a accedir a la prevenció*

[151] Instrument de Ratificació d'Espanya del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, fet a Nova York el 19 de desembre del 1966. BOE, 30 d'abril de 1977, núm. 103, pàgines 9343 a 9347.

[152] CESCR (1990) Comentari general núm. 3: La naturalesa dels estats obligacions de les parts (article 2.1), 14 de desembre de 1990; i CESCR (2000) Comentari general núm. 14 El dret al més alt nivell de salut assolible (article 12), 11 d'agost de 2000.

[153] CESCR (2000) Comentari general núm. 14: El dret al més alt nivell de salut assolible (article 12), 11 d'agost de 2000, paràgraf 34 sobre «Obligacions legals específiques».

sanitària i a beneficiar-se de l'atenció sanitària en les condicions establertes per les legislacions i pràctiques nacionals.

En aquest sentit, el dret secundari de la UE fa directament referència a l'atenció sanitària dels immigrants en situació d'irregularitat a la UE. Concretament, ho fa a l'article 14.1.b) de la Directiva de retorn, el qual preveu que "l'assistència sanitària d'urgència i imprescindible tractament de les malalties" s'ha de proporcionar a aquells immigrants en situació d'irregularitat durant el període donat per a la sortida voluntària i durant el període d'ajornament de l'expulsió. Així també, l'article 16.3 de la mateixa directiva estableix que *es prestarà especial atenció a la situació de les persones vulnerables. Es dispensarà l'atenció sanitària d'urgència i tractament bàsic de les malalties*.

En definitiva, el fet de poder accedir a determinades formes bàsiques d'assistència sanitària és un dret fonamental que no pot dependre de la situació jurídica d'una persona. Tanmateix, no hi ha un consens sobre el nivell mínim de drets concrets que aquesta consideració hauria d'aglutinar. En aquest sentit, per tal de comparar el grau d'accés a l'assistència sanitària per part d'immigrants en situació d'irregularitat, l'Agència Europea de Drets Fonamentals ha classificat els Estats membres de la UE en tres grans grups[154], segons si l'assistència sanitària habilitada per als immigrants en situació d'irregularitat inclou només l'atenció d'urgència (mesures de salvament i mesures mèdiques tractament necessari per evitar danys greus la salut d'una persona), o si també inclou l'atenció primària (inclou el tractament essencial de malalties lleus relativament freqüents proporcionat de manera ambulatòria o comunitària) o també l'atenció secundària (inclou el tractament mèdic prestat per especialistes i, en part, atenció hospitalària)[155]. Així doncs, 19 de 27 Estats membres atorguen només el dret a l'assistència d'urgència[156], 1 Estat membre atorga el dret a l'assistència d'urgència i primària[157], 1 Estat membre atorga el

[154] European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf

[155] Comentari general del CESCR (2000). Núm. 14: El dret al màxim nivell de salut possible (Article 12), 11 d'agost de 2000, a la seva nota a peu de pàgina 9.

[156] Dinamarca, Suècia, Finlàndia, Lituània, Letònia, Estònia, Polònia, Txèquia, Eslovàquia, Àustria, Hongria, Eslovènia, Romania, Bulgària, Xipre, Luxemburg i Irlanda.

[157] Regne Unit (tot i que actualment ja no computa com a Estat membre de la Unió Europea).

dret a l'assistència d'urgència i secundària[158], i 5 Estats membres atorguen el dret a assistència tant d'urgència, com primària, com secundària[159].

D'aquesta manera comprovem i concloem que tant la normativa internacional com l'europea es posen d'acord a dir que els immigrants en situació d'irregularitat han de tenir un mínim accés a l'assistència sanitària, però la manca d'aprofundiment en la matèria permet que, de forma legítima i legal, els legisladors nacionals puguin optar per no expandir i equiparar l'assistència sanitària mínima que reben els irregulars amb la que reben els ciutadans nacionals o immigrants en situació de regularitat.

Tanmateix, ja hem observat que Espanya és un dels pocs Estats membres que atorga una àmplia cobertura sanitària als immigrants en situació d'irregularitat. A Espanya, el dret a la protecció de la salut es reconeix a l'article 43 CE com un dels drets de tots els ciutadans[160]. No obstant això, per la seva ubicació dins la CE, l'article 43 no és un dret fonamental, sinó només un principi informador o rector de la política social, reconeixent el dret a la protecció de la salut i atribuint als poders públics l'organització i la tutela de la salut pública per mitjà de mesures preventives i de prestacions i serveis necessaris[161]. Aquesta concepció també es comparteix a la STC 139/2016[162], on el Tribunal expressa que *l'article 43 CE ha de ser considerat com un principi rector constitucional dirigit a orientar i determinar l'actuació dels poders públics*.

El desenvolupament legislatiu del dret a la protecció de la salut reconegut a l'article 43 CE és dut a terme per la Llei General de Sanitat[163] de 1986 (en endavant, LGS) i per la

---

[158] Itàlia.

[159] Bèlgica, França, Holanda, Portugal i Espanya.

[160] L'article 43 CE estableix el següent: "1. Es reconeix el dret a la protecció de la salut. 2. Competeix als poders públics organitzar i tutelar la salut pública a través de mesures preventives i de les prestacions i serveis necessaris. La llei establirà els drets i els deures de tots al respecte. 3. Els poders públics fomentaran l'educació sanitària, l'educació física i el esport. Així mateix facilitaran la utilització adequada de l'oci."

[161] Campo Cabal, J. M. (coord.). (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*. Civitas.

[162] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 139/2016, de 12 de juliol de 2016.

[163] Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat. (BOE nº 102, de 29 d'abril de 1986).

Llei de Cohesió i Qualitat del Sistema Nacional de Salut[164] de 2003 (en endavant, LCCSNS). Nogensmenys, els diversos governs de l'Estat espanyol que hi ha hagut durant les darreres dècades han anat introduint diverses reformes a les normes esmentades, les quals han anat modificant l'abast del dret a estudi de cara als immigrants en situació d'irregularitat. Per tant, procedirem a analitzar breument quins han estat aquests canvis i quines han estat les seves conseqüències.

Començarem per analitzar el text original de l'article 12 de la LOEX -publicat el 12 de gener de 2000-, el qual anunciava el següent: *1. Els estrangers que es troben a Espanya inscrits al padró del municipi en què resideixen habitualment, tenen dret a l'assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols; 2. Els estrangers que es troben a Espanya tenen dret a l'assistència sanitària pública d'urgència davant la contracció de malalties greus o accidents, qualsevol que sigui la seva causa, i a la continuïtat de la seva atenció fins a la situació de l'alta mèdica.* Si enllacem aquest precepte amb els articles 10.1 i 14.1 LOEX, que reconeixen el dret a la Seguretat Social, tant en l'àmbit contributiu, com en el no contributiu, als estrangers que es troben en situació regular, i amb l'article 1.2 LGS que estableix el dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària de tots els espanyols i ciutadans estrangers que resideixen de forma legal en Espanya, podem concloure que l'article 12 LOEX, al recollir "*e*strangers que es trobin a Espanya", s'estava referint que tots els estrangers, amb independència de la seva situació administrativa, quedaven protegits pel sistema sanitari espanyol[165].

L'any 2009, la LO 2/2009 va modificar subtilment l'article 12 LOEX, per tal de donar una nova redacció al requisit d'estar empadronat en el municipi de residència habitual. D'aquesta manera, es va passar d'exigir que els estrangers *estiguessin inscrits al padró del municipi en què resideixen habitualment*, a exigir *estar inscrits al padró del municipi*

[164] Llei 16/2003, del 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut. (BOE nº 128, de 29 de maig de 2003).

[165] Fernández Collados, B. (2007). *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Laborum.

en què tinguin el domicili habitual per a que tinguessin dret a l'assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols[166].

Tanmateix, la reforma més gran la va introduir el Reial Decret-Llei (en endavant, RDL) 16/2012[167]. Aquesta reforma va privar del dret d'assistència sanitària als immigrants en situació d'irregularitat (tret de determinades circumstàncies) al modificar la redacció de l'article 12.1 LOEX, en tant que, des d'ençà, *els estrangers tenen dret a l'assistència sanitària en els termes previstos en la legislació vigent en matèria sanitària*.

Per entendre millor les conseqüències jurídiques d'aquesta nova redacció, cal tenir en consideració que l'article 1.2 LGS estableix que *són titulars del dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària tots els espanyols i els ciutadans estrangers que tinguin establert la seva residència en el territori nacional*, i que l'article 3.1 LCCSNS -també modificat pel RDL- establia que *l'assistència sanitària a Espanya, amb càrrec a fons públics, a través del Sistema Nacional de Salut, es garantirà a aquelles persones que tinguin la condició d'assegurat*. Per tant, d'acord amb la legislació vigent en matèria sanitària en aquell moment, per ser titular del dret a l'assistència sanitària, amb càrrec a fons públics i a través del Sistema Nacional de Salut, no n'hi ha prou amb ser nacional o estranger, sinó que s'exigeix, addicionalment, acreditar la condició d'assegurat. D'aquesta manera, amb la categoria d'assegurat que introdueix el RDL es va vincular expressament el dret a l'assistència sanitària pública amb el sistema contributiu de la Seguretat Social. En aquest sentit, l'article 3.2 LCCSNS -també modificat pel RDL- definia que podrien tenir la condició d'assegurats aquelles persones treballadores, afiliades a la Seguretat Social i en situació d'alta, entre d'altres supòsits[168].

---

[166] Maldonado Molina, J. A. (2010). El Derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros. *VVAA*, 2(10), 286.

[167] Reial Decret-Llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i seguretat de les seves prestacions (BOE núm. 98, de 24 d'abril de 2012).

[168] L'article 3.2 LCCSNS indicava el següent: "A aquests efectes, tindran la condició d'assegurat aquelles persones que es trobin en algun dels supòsits següents: a) Ser treballador per compte d'altri o per compte propi, afiliat a la Seguretat Social i en situació d'alta o assimilada a la d'alta; b) Ostentar la condició de pensionista del sistema de la Seguretat Social; c) Ser perceptor de qualsevol altra prestació periòdica de la Seguretat Social, incloses la prestació i el subsidi per desocupació; d) Haver esgotat la prestació o el subsidi per desocupació i figurar inscrit a l'oficina corresponent com a demandant d'ocupació, i no acreditar la condició d'assegurat per qualsevol altre títol."

Tanmateix, considerant que hi havia determinats col·lectius socials que no podien complir cap dels requisits necessaris, es va introduir a l'article 3.3 LCCSNS que *en aquells casos en què no es compleixi cap dels supòsits establerts anteriorment, els estrangers titulars d'una autorització per residir-hi en territori espanyol, poden tenir la condició d'assegurat sempre que acreditin que no superen el límit d'ingressos determinat reglamentàriament*. Aquest precepte excloïa de facte als immigrants en situació d'irregularitat, al no tenir aquests una autorització per residir en territori espanyol.

Per tant, els immigrants en situació d'irregularitat van veure denegat el seu dret a l'assistència sanitària amb aquesta reforma, tret dels casos especials de l'article 3 *ter* LCCSNS -afegit pel Reial Decret-Llei 16/2012-, establint que *els estrangers no registrats ni autoritzats com a residents a Espanya rebran assistència sanitària* en els casos *d'urgència per malaltia greu o accident, qualsevol que en sigui la causa, fins a la situació d'alta mèdica* i en els casos *d'assistència a l'embaràs, part i postpart*.

Així doncs, podem concloure que, durant el període de vigència del Reial Decret-Llei 16/2012, els immigrants en situació d'irregularitat només tenien dret a l'assistència d'urgència, excepte el cas de les dones embarassades i dels menors d'edat. Cal entendre, però, que aquesta reforma sanitària no va ser gratuïta, sinó que trobava la seva justificació en un context en el qual era d'urgent necessitat combatre el desajustament dels comptes públics sanitaris, que acumulaven un deute de més de 12.000 milions d'euros[169], i un context en què, a causa de la crisi financera i econòmica, tots els països de la Unió Europea estaven adoptant mesures d'optimització dels seus models assistencials i farmacèutics. Les mesures aprovades van ser de molt diferent abast, però l'assistència sanitària dels immigrants en situació d'irregularitat i el nou règim de copagament farmacèutic van ser el centre del debat jurídic, polític i social[170].

Aquell mateix any, el Parlament de Navarra va promoure un recurs d'inconstitucionalitat contra diversos articles del Reial Decret-Llei 16/2012, al·legant, de fons, una vulneració

---

[169] Barbería J.L. (2012, Abril 12), *La sanidad busca su medicina*. El País. https://elpais.com/sociedad/2012/04/14/actualidad/1334429761_146660.html

[170] Sánchez Fierro J. (2017). El Tribunal Constitucional ante una reforma sanitaria aprobada por real decreto-ley. FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 19(2), 395-405. https://doi.org/10.5209/FORO.55381

de l'article 43 CE degut a l'exclusió dels estrangers sense permís de residència a Espanya de l'assistència sanitària pública gratuïta. Tanmateix, la STC 139/2016[171], que resol el recurs d'inconstitucionalitat 4123/2012, va confirmar la constitucionalitat del referit Reial Decret-llei, va fixar criteri entorn del principi d'universalitat i va donar suport a la regulació sobre l'assistència sanitària a immigrants en situació d'irregularitat[172].

A la sentència s'explica que -tal com ja hem analitzat en pàgines anteriors- existeixen tres classes de drets relatius als estrangers: aquells que són inherents a la dignitat humana (i que, per tant, corresponen per igual a espanyols i estrangers), aquells que no pertanyen de cap manera als estrangers (com els reconeguts en l'article 23 CE en relació amb l'article 13.2 CE) i aquells de configuració legal, que pertanyen o no als estrangers en funció del que suposin els tractats i les lleis.

El Tribunal, en aquest sentit, situa la protecció de la salut en el tercer grup de drets de configuració legal, deixant clar que, tal com ja va dictaminar la STC 236/2007, el dret a l'assistència *sanitària és un dret susceptible de ser modulat en la seva aplicació als estrangers*. Així doncs, d'acord amb el Tribunal, *el legislador pot exigir als estrangers l'autorització de la seva estada o residència com a requisits per a l'exercici d'alguns drets constitucionals que per la seva pròpia naturalesa fan imprescindible el compliment dels requisits que la mateixa llei estableix per entrar i romandre en territori espanyol*. De fet, la sentència assenyala que l'accés a les prestacions sanitàries amb càrrec als fons públics ja estava, abans de la reforma del RDL, vinculat a una determinada situació jurídica, com ho era la inscripció en el padró municipal.

A més a més, el Tribunal afegeix que, dins del marge del qual disposa el legislador, la regulació impugnada *no respon a una opció arbitrària, sinó a la preservació de béns o interessos constitucionalment protegits, com ara el manteniment del sistema sanitari públic*, recolzant-se en l'ATC 96/2011[173], on se sentència que *la sostenibilitat del sistema sanitari públic imposa als poders públics la necessitat d'adoptar mesures de*

[171] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 139/2016, de 21 de juliol de 2016.

[172] Sánchez Fierro J. (2017). El Tribunal Constitucional ante una reforma sanitaria aprobada por real decreto-ley. FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 19(2), 406-412. https://doi.org/10.5209/FORO.55381

[173] Tribunal Constitucional (Ple). Auto núm. 96/2011, de 21 de juny de 2011.

racionalització de la despesa sanitària. Assegura, també, que *la universalitat significa el dret d'accés i la correlativa obligació dels serveis sanitaris de l'SNS d'atendre els usuaris que reclamen atenció sanitària, però no pot confondre's amb un dret a la gratuïtat en les prestacions i els serveis sanitaris*.

Finalment, la sentència assenyala que la regulació impugnada no exclou l'accés a les prestacions sanitàries per a aquells que no estiguin en les situacions descrites a la llei, sinó que té en compte la situació legal per exigir la corresponent contraprestació. D'aquesta manera, el Tribunal Constitucional deixa clar i assenta doctrina jurisprudencial envers la possibilitat legal i plenament constitucional del legislador per limitar l'accés a les prestacions sanitàries amb càrrec als fons públics a determinats col·lectius segons la seva situació jurídica i, per tant, també als immigrants que estiguin en situació d'irregularitat administrativa.

Però l'any 2018, un any després de la moció de censura de 2017, el nou govern espanyol va prendre la decisió de promulgar el Reial Decret-Llei 7/2018[174], amb l'objectiu principal de revertir molts dels canvis introduïts pel Reial Decret-Llei 16/2012, malgrat la seva manifesta constitucionalitat i legalitat.

Amb aquesta nova reforma de la legislació sanitària, l'article 3.1 LCCSNS passa a dir que *són titulars del dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària totes les persones amb nacionalitat espanyola i les persones estrangeres que tinguin establerta la seva residència al territori espanyol*, desvinculant -parcialment- el dret a l'assistència sanitària pública amb el sistema contributiu de la Seguretat Social, al deixar d'exigir-se la condició d'assegurat. Més endavant, l'article 3.1 *ter* LCCSNS explicita que *les persones estrangeres no registrades ni autoritzades com a residents a Espanya tenen dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària en les mateixes condicions que les persones amb nacionalitat espanyola, tal com estableix l'article 3.1*. D'aquesta manera, en termes generals, amb l'actual normativa, un estranger que no tingui residència legal en territori espanyol, sí que té dret a l'assistència sanitària gratuïta dintre d'Espanya.

En definitiva, hem analitzat l'evolució que ha tingut el dret a l'assistència sanitària per als immigrants en situació d'irregularitat en les darreres dècades a Espanya, explicant la

[174] Reial Decret-Llei 7/2018, de 27 de juliol, sobre l'accés universal al Sistema Nacional de Salut (BOE núm. 183, de 30 de juliol de 2018, pàgines 76258 a 76264).

motivació política dels canvis i analitzant la resposta doctrinal i jurisprudencial que han tingut. A ulls de l'autor d'aquestes pàgines, la conclusió més rellevant de tot plegat és que, d'acord amb la STC 139/2016, s'han consolidat dues idees bàsiques: en primer lloc, que el dret a l'assistència sanitària és un dret de configuració legal; i, en segon lloc, que la universalitat fa referència a l'accés però no a la gratuïtat de les prestacions. D'aquesta manera, el Tribunal Constitucional permet que sigui el legislador qui decideixi, segons criteris ideològics o polítics, si estendre o no el dret a l'assistència sanitària gratuïta als immigrants en situació d'irregularitat. Per tant, malgrat que, ara per ara, aquest dret si que està estès als immigrants en situació d'irregularitat, res garanteix que ho continuï estant en el futur, amb altres partits polítics en el Govern que puguin voler tornar a modificar les disposicions analitzades.

4.3. Les devolucions en calent

El tercer i últim àmbit normatiu escollit per al seu estudi és el de les devolucions en calent. I és que, un cop analitzats dos àmbits normatius relacionats amb la vida quotidiana dels immigrants en situació d'irregularitat -com ho són l'àmbit laboral i l'àmbit sanitari-, ara ens disposem a analitzar un àmbit normatiu relacionat amb la política migratòria de contenció del flux d'immigració irregular. I a Espanya, una de les principals mesures de contenció són, precisament, les devolucions en calent, que analitzarem a continuació.

Les devolucions en calent -oficialment anomenades "rebuig en frontera"- són aquelles pràctiques descrites a la Disposició Addicional Desena de la Llei d'estrangeria[175] -ja analitzada en pàgines anteriors-, consistents en l'expulsió de l'immigrant en situació d'irregularitat sense complir els tràmits d'audiència i contradicció, en el moment immediatament posterior al seu intent d'entrada en territori espanyol de forma il·legal. Tal com defineix la STC 172/2020[176], *el rebuig en frontera és un règim que davant d'una*

[175] La Disposició Addicional Desena de la Llei d'Estrangeria recull el següent:
"Els estrangers que siguin detectats a la línia fronterera de la demarcació territorial de Ceuta i Melilla mentre intenten superar els elements de contenció fronterers per creuar il·legalment la frontera podran ser rebutjats per impedir la seva entrada il·legal a Espanya".

[176] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 172/2020, de 19 de novembre de 2020.

situació particular –la detecció d'estrangers a la línia fronterera de la demarcació territorial de Ceuta o Melilla mentre intenten superar els elements de contenció fronterers per creuar irregularment la frontera– permet que l'administració i els seus agents practiquin una actuació material de vigilància orientada a restablir immediatament la legalitat transgredida per l'intent d'encreuament irregular de frontera.

Tanmateix, aquestes devolucions, practicades des de l'any 2005 per la Guàrdia Civil a Espanya en la línia fronterera de Ceuta i Melilla[177], sempre han durament criticades per part de determinats col·lectius per ser, suposadament, contràries al dret internacional, vulneradores de drets humans i per ser, en definitiva, il·legals. D'aquesta manera, analitzarem la legalitat d'aquesta pràctica recorrent en el marc de l'ordenament jurídic espanyol i europeu, a partir de sentències tant del TEDH com del TC.

La legalitat o il·legalitat de les devolucions en calent ha estat estudiada per la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans en la Sentència del Cas de N.D. i N.T. contra Espanya (demandes nº 8675/15 i 8697/15)[178]. Els fets que van motivar aquest cas es remunten al 13 d'agost de 2014, data en què els demandants, N.D. i N.T., juntament amb unes altres setanta persones procedents de països de l'Àfrica subsahariana, van escalar la tanca que separa Melilla del Marroc, entrant així en territori espanyol.

Segons els demandants, després de ser detinguts immediatament per la Guàrdia Civil, van ser emmanillats i portats de tornada al Marroc, on van ser lliurats a les autoritats marroquines. Sis mesos després, N.D. i N.T. van presentar una demanda davant el TEDH en què al·legaven que no havien estat objecte de cap procediment d'identificació i que no se'ls havia donat l'oportunitat d'explicar les seves circumstàncies personals ni de ser assistits per lletrats o intèrprets. Tant la sol·licitud d'asil presentada per un dels demandats com els recursos administratius presentats per tots dos amb posterioritat van ser rebutjats. El 3 d'octubre del 2017, la Secció Tercera del TEDH va dictar una sentència en què sostenia, per unanimitat, que Espanya havia incorregut en una violació de la prohibició

[177] Sánchez G. (2017, Octubre 5). *De la negación hasta la condena judicial: 15 años de devoluciones en caliente en España*. El Diario. https://www.eldiario.es/desalambre/devoluciones-caliente-espana-clandestinidad-normalidad_1_1157279.html

[178] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de febrer de 2020, Cas de N.D. i N.T. contra Espanya.

d'expulsió col·lectiva, recollida a l'article 4 del Protocol 4 a conseqüència de l'absència d'examen individual de la situació de cadascun dels demandants, i en una violació de l'article 13 del CEDH que tutela el dret a un recurs efectiu[179].

Tanmateix, aquesta sentència va ser recorreguda pel govern d'Espanya, que el 29 de gener de 2018 va sol·licitar que el cas fos reexaminat per la Gran Sala del Tribunal. Finalment, la resolució dictada pel Tribunal d'Estrasburg el 13 de febrer del 2020 com a conseqüència d'aquest recurs, esdevé la sentència ferma que determina de forma inamovible l'estatut legal de la pràctica coneguda com a "devolucions en calent".

Segons el govern espanyol, l'article 4 del Protocol Nº4 no era d'aplicació al cas en qüestió, a l'aplicar-se només als estrangers que arriben al territori d'un Estat de forma pacífica i que tinguin una situació de perill en el seu país d'origen, així com la impossibilitat de sol·licitar asil o entrar legalment al territori de l'Estat en qüestió. Per tant, l'article 4 no seria aplicable car no existia cap risc per als demandants al Marroc i disposaven de mitjans al seu abast per sol·licitar asil o entrar en el país de forma legal[180]. A més a més, sota opinió del govern espanyol, l'article 4 tampoc era aplicable perquè els demandants no van ser objecte d'una "expulsió" sinó que se'ls hi havia denegat l'entrada a l'Estat demanat. Per tant, va al·legar que els demandants no havien entrat en territori espanyol, sinó que simplement havien intentat entrar a Espanya il·legalment creuant una frontera terrestre; així doncs no es va produir una expulsió, ja que els demandants no van estar prèviament admesos al territori del qual al·leguen que van ser expulsats.

Concernit a l'aplicabilitat de l'article 4 del Protocol Nº4 al cas, en opinió del Tribunal, no hi ha dubte que els demandants van ser interceptats en territori espanyol per guàrdies fronters espanyols i que, per tant, es trobaven dins de la jurisdicció espanyola al sentit de l'article 1 del Conveni. A més a més, basant-se en la jurisprudència assentada per la STEDH 55721/07[181], *des del moment en què un Estat, a través dels seus agents que*

[179] Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N.T. contra España ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1039-1061. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08

[180] En base als paràgrafs 174 i 177 de la STEDH 27765/09, Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia, de 23 de febrer de 2012.

[181] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de desembre 2008. Cas Al-Skeini i altres contra Regne Unit.

operen fora del seu territori, n'exerceix el control i l'autoritat sobre un individu, i per tant la seva jurisdicció, hi recau, en virtut de l'article 1 CEDH, una obligació de reconèixer a aquell els drets i les llibertats definits en el títol I del Conveni que pertoquen al seu cas. En conseqüència, es va produir una "expulsió" en el sentit de l'article 4 del Protocol núm. 4, essent aquesta disposició aplicable al cas.

Sobre la qüestió de fons i la vulneració de l'article 4, per una banda, el Tribunal recorda que, d'acord amb la STEDH 16483/12[182] i STEDH 18670/03[183], la mateixa conducta del demandant és un factor rellevant per avaluar la protecció que s'ha d'atorgar en virtut de l'article 4 del Protocol núm. 4; ja que d'acord amb la jurisprudència consolidada, *no hi ha vulneració de l'article 4 del Protocol núm. 4 si l'absència d'una decisió individual d'expulsió es pot atribuir a la pròpia conducta del demandant*. En aquest sentit, a judici del Tribunal, el mateix principi s'ha d'aplicar igualment a la situació dels demandats, ja que són membres d'un grup nombrós d'individus que varen intentar *creuar una frontera terrestre sense autorització, aprofitant-se deliberadament del seu gran nombre i utilitzant la força per, mitjançant una operació planejada amb antelació, crear una situació clarament pertorbadora, difícil de controlar i que posa en perill la seguretat pública*.

Així doncs, el Tribunal cita els articles 3 i 4.1 del Codi de Fronteres de Schengen, on s'estableix que l'eficàcia dels drets del CEDH exigeix que els Estats que salvaguarden una frontera exterior de la UE han de facilitar un accés real i efectiu dels mitjans legals d'entrada, en particular als procediments fronterers per als que arriben fins a la frontera. D'aquesta manera, quan existeixen aquests mecanismes i es garanteix el dret a sol·licitar protecció en virtut del Conveni, els Estats membres poden denegar l'entrada en el seu territori als estrangers -incloent sol·licitants d'asil- que, sense raons de pes, hagin incomplert els mecanismes en qüestió. En aquest sentit, el Tribunal considera que *la legislació espanyola oferia als demandants diverses possibilitats per sol·licitar l'admissió al territori nacional, ja fos mitjançant la sol·licitud d'un visat o mitjançant la sol·licitud de protecció internacional, particularment al lloc fronterer de Beni Enzar, però també a*

[182] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 15 de desembre 2016. Cas Khlaifia i altres contra Itàlia.

[183] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de juny de 2005. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.

les representacions diplomàtiques i consulars d'Espanya als seus països de origen o trànsit, o fins i tot al Marroc.

A més a més, el Tribunal tampoc considera que els demandants tinguessin cap raó de pes per no utilitzar cap dels mecanismes legals a la seva disposició, a causa de manca d'al·legacions dels mateixos demandants de ni tan sols haver intentat entrar en territori espanyol per mitjans legals i per manca d'informes concloents i creïbles que indiquin el contrari. D'aquesta manera, el Tribunal subratlla que el Conveni té per objecte garantir els drets pràctics i efectius de qui es troben sota la seva jurisdicció, i no drets teòrics o il·lusoris.

Tanmateix, això no implica una obligació amb caràcter general per a un Estat contractant, en virtut de l'article 4 del Protocol núm. 4, d'incloure en la seva pròpia jurisdicció els qui estan sota la jurisdicció d'un altre Estat. En el cas en qüestió, encara suposant que existissin dificultats per exercir els mecanismes per entrar legalment en territori espanyol, no va quedar demostrat davant de Tribunal la responsabilitat del govern demandat per aquesta situació. I per al TEDH, aquesta conclusió és suficient per a determinar que no hi ha hagut violació de l'article 4 del Protocol núm. 4 en el cas en qüestió; ja que, ras i curt, els demandants -i el grup d'immigrants en situació d'irregularitat- no tenien cap raó de pes per no utilitzar els procediments legals d'entrada existents i, per tant, la seva expulsió va ser una conseqüència de la seva pròpia conducta.

D'altra banda, en referència a la suposada violació de l'article 13 CEDH que tutela el dret a un recurs efectiu, el Tribunal assenyala que, si bé la legislació espanyola preveia la possibilitat d'interposar un recurs contra les ordres d'expulsió a la frontera, els mateixos demandants també s'havien d'atenir a les normes que regeixen la interposició d'aquest recurs contra la seva expulsió. En aquest sentit, el Tribunal considera que *els demandants es van posar en situació il·legal a l'intentar deliberadament entrar a Espanya creuant els dispositius de protecció de la frontera de Melilla el 13 d'agost del 2014, formant part d'un grup nombrós i en un lloc no autoritzat*. Així doncs, en la mesura que el Tribunal ha considerat que la manca d'un procediment individualitzat per a la seva expulsió va ser conseqüència de la mateixa conducta dels demandants en intentar entrar sense autorització a Melilla, no pot considerar-se responsable l'Estat demandat per no haver posat a la seva disposició un recurs judicial contra aquesta expulsió. D'això es desprèn

que la manca de recurs respecte a l'expulsió dels demandants no constitueix en sí mateixa una violació de l'article 13 del Conveni, en la mesura que la queixa dels demandants sobre els riscos que podien córrer al país de destinació va ser desestimada al principi del procediment.

Aquesta decisió del TEDH, sobre el cas concret dels individus N.D. i N.T., ha estat la primera sentència a establir jurisprudència envers la legalitat de les devolucions en calent, ja que ha esdevingut la base per a altres sentències, com ho és la STEDH 55798/16[184], la qual també ha sentènciat la legalitat de les devolucions en calent[185]. Fet i fet, la sentència analitzada ha establert un precedent de gran rellevància per a futurs casos anàlegs de devolucions en calent.

Tanmateix, tot i que les sentències del TEDH són vinculants perquè Espanya ha acceptat la jurisdicció del Tribunal, també és de vital importància analitzar la resposta del Tribunal Constitucional espanyol envers la constitucionalitat de les devolucions en calent.

En la STC 172/2020[186] (recurs d'inconstitucionalitat 2896-2015 impugnant els articles 19.2, 20, 2, 36,2 i 23, 37.1 en relació amb els articles 30, 37, 37 i 7, així com la disposició final primera de la Llei Orgànica), el Ple del Tribunal Constitucional va avalar la constitucionalitat de la Llei Orgànica 4/2015[187] -coneguda pels seus crítics com a "llei mordassa"-, desestimant la majoria de les impugnacions i confirmant-ne l'adequació constitucional de la llei; però amb el vot particular discrepant d'una de les magistrades.

En primer lloc, sobre la qüestió de si les devolucions en calent es practiquen abans o després d'haver assolit els immigrants la frontera espanyola, el Tribunal explica que, *amb independència de si el rebuig a frontera es produeix abans, durant o després de traspassar els límits fronterers, el que és innegable és que es tracta d'accions dutes a terme per membres de les forces i cossos de seguretat espanyols; i són, en principi,*

[184] Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 5 d'abril de 2022. Cas A.A. i altres contra Macedònia del Nord.

[185] Aparicio, M. (2023). Las devoluciones en caliente y la fría razón de Estado: Una mirada a la política de fronteras de la Unión Europea. *Oñati Socio-Legal Series*. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1387.

[186] Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 172/2020, de 19 de novembre.

[187] Llei Orgànica 4/2015, del 30 de març, de Protecció de la Seguretat Ciutadana. (BOE núm. 77, de 31 de març de 2015).

actuacions acomplertes des del territori espanyol, ja que els estrangers seran repel·lits o confiscats a l'espai inter-tanques o a la mateixa tanca. Per tant, el Tribunal considera que les devolucions en calent practicades a Ceuta i Melilla estan sota la jurisdicció espanyola.

En segon lloc, pel que fa a la justificació i proporcionalitat de les devolucions en calent, el Tribunal, després d'analitzar el seu propòsit com a mecanisme de protecció de la legalitat fronterera, considera que "*no es pot considerar que sigui irraonable o que no tingui justificació*", basant-se en la sentència del TEDH anteriorment analitzada.

En tercer lloc, el Tribunal entén que, *considerant la disposició de manera abstracta*, la naturalesa de la mateixa no contradiu el marc constitucional, sens perjudici que les circumstàncies concurrents en què cadascuna de les seves aplicacions hagin de ser ponderades convenientment en els processos constitucionals en què se suscitin.

Finalment, el Tribunal Constitucional conclou que la normativa reguladora de les devolucions en calent -la Disposició Addicional Desena de la Llei d'estrangeria 4/2000- resulta conforme a la Constitució sempre que s'apliqui a entrades individualitzades, sotmeses a control judicial i es compleixin les obligacions internacionals; tenint especial consideració a les persones especialment vulnerables (menors d'edat, embarassades o persones d'edat avançada).

A més a més, el Tribunal entén que la disposició no exceptua el règim jurídic previst a la Llei 12/2009 en matèria del dret d'asil[188], al limitar-se a indicar on s'han de formalitzar les sol·licituds –llocs fronterers de Ceuta i Melilla–, i que han d'existir els mitjans que permetin accedir a un procediment d'entrada legal al territori espanyol[189].

Tanmateix, aquestes sentències del TEDH i del TC han sigut criticades per part de la doctrina, en tant que alguns autors entenen que es reconeix com a legal una pràctica que, en el fons, és il·legítima per diversos motius. En primer lloc, es critica que no existeix cap justificació perquè cap devolució s'executi sense un procediment judicial mínim i el

[188] Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària d'asil. (BOE nº 263, de 31 d'octubre de 2009).

[189] Aba Catoira, A. (2021). El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana ("ley mordaza"): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre. *Legebiltzarreko Aldizkaria, Revista del Parlamento Vasco*, 2, 172-189. https://doi.org/10.47984/legal.2021.005

respecte de garanties essencials[190]. En segon lloc, s'argumenta que la protecció dispensada per la prohibició d'expulsions col·lectives al vessant relativa al principi de no devolució no pot estar subordinada al compliment de la normativa de control fronterer[191]. I, en tercer lloc -d'entre d'altres crítiques-, es posa en relleu que les devolucions en calent són pràctiques manifestament incompatibles amb els drets fonamentals constitucionalment consagrats i els estàndards mínims del dret internacional dels drets humans, però que, per donar-se a la frontera, els Tribunals les assumeixen com a mesures necessàries per al manteniment de la legalitat a les fronteres exteriors[192].

Tot i això, en definitiva, comprovem com, malgrat la crítica per part d'un sector de la doctrina, tant el Tribunal Europeu de Drets Humans -actualment, ja en diverses sentències- com el Tribunal Constitucional n'avalen la legalitat, legitimat i necessitat de la pràctica coneguda com a "devolució en calent". I entenen que no contravé cap normativa internacional, europea ni nacional, ja que els Estats fronterers tenen competència i capacitat per executar-la i, en l'actual context migratori, és una mesura efectiva i necessària per a complir amb els seus objectius en matèria migratòria.

---

[190] Oñati Socio-Legal Series Forthcoming: Teoría Crítica E Injusticia Social: Derechos Humanos En Tiempos De Democracias Débiles Y Neocapitalismos.

[191] Acosta Penco T. (2021), Jurisprudencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y Del Tribunal Constitucional: El Abuso De Derecho En La Justificación Jurisprudencial Del «Rechazo En Frontera». Análisis De La Stc 172/2020, De 19 De Noviembre, Y De La Stedh, De 13 De Febrero De 2020, N. D. Y N. T. C. España. *Revista Española de Derecho Internacional Sección FOROS*, 73(2), 373-380. http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.02

[192] Solanes Corella, Á. (2017). Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones `en caliente´. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (36), 195-225.

5. CONCLUSIONS

1. Hi ha tota una sèrie de Drets Humans i de llibertats fonamentals que tot ésser humà ha de veure respectats, amb total independència de qualsevol mena de condició, incloent-hi la situació administrativa d'una persona.

2. Però també hem de tenir en compte que vivim en societat, i per a facilitar la convivència social, és molt important establir unes normes comunes que s'han de complir. I això inclou les normes en matèria migratòria, les quals han de rebre el mateix respecte i el mateix compromís de compliment que totes les altres normes.

3. Per tant, és comprensible i legítim que l'incompliment d'aquestes normes en matèria migratòria comporti una sèrie de conseqüències jurídiques negatives, com ho és la limitació del ventall de drets de configuració legal que puguin ser gaudits pels immigrants en situació d'irregularitat. Alguns exemples que hem analitzat són el dret a percebre prestacions per desocupació, el dret a l'assistència sanitària gratuïta, o determinats drets processals en el seu rebuig en frontera.

4. Tanmateix, les persones que incompleixen aquestes normes en matèria migratòria continuen tenint tot el dret a ser tractats amb dignitat humana, reconeixent-los tots i cadascun dels drets humans i llibertats fonamentals que els pertoquen.

5. Per altra banda, cal tenir en compte que el dret a immigrar no existeix com a tal, i si existís, segurament no es trobaria dins del catàleg de drets humans i llibertats fonamentals; per tant, les persones no tenim el dret a ingressar en qualsevol país. En conseqüència, els Estats tenen legitimitat per exercir el seu dret de restringir l'accés al seu territori, mitjançant l'establiment de normes en matèria migratòria i la posada en marxa de mecanismes de protecció fronterera.

6. No obstant això, aquest dret dels Estats s'ha d'exercir amb el màxim respecte als drets humans i a les llibertats fonamentals, seguint les interpretacions pertinents que realitzin els tribunals competents en la matèria.

7. Així doncs, podem concloure que, en el marc de l'actual ordenament jurídic, la igualtat és un principi clarament relatiu que, amb força freqüència, pot veure justificada la seva falta d'aplicació o, en tot cas, la seva interpretació restrictiva

BIBLIOGRAFIA

- Aba Catoira, A. (2021). El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana ("ley mordaza"): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre. *Legebiltzarreko Aldizkaria, Revista del Parlamento Vasco*, 2, 172-189. https://doi.org/10.47984/legal.2021.005
- ACNUDH. (Ginebra, 2014). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales.*
- Acosta Penco T. (2021), Jurisprudencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y Del Tribunal Constitucional: El Abuso De Derecho En La Justificación Jurisprudencial Del «Rechazo En Frontera». Análisis De La Stc 172/2020, De 19 De Noviembre, Y De La Stedh, De 13 De Febrero De 2020, N. D. Y N. T. C. España. *Revista Española de Derecho Internacional Sección FOROS*, 73(2), 373-380. http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.02
- Andres, P. (2010). *Legislación básica de derecho internacional público*, Tecnos.
- Aparicio, M. (2023). Las devoluciones en caliente y la fría razón de Estado: Una mirada a la política de fronteras de la Unión Europea. *Oñati Socio-Legal Series*. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1387.
- Balaguer Callejón F. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (10), 481-505.
- Barbería J.L. (2012, Abril 12), *La sanidad busca su medicina*. El País. https://elpais.com/sociedad/2012/04/14/actualidad/1334429761_146660.html
- Campo Cabal, J. M. (coord.). (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*. Civitas.
- CEAR. (s.d.). *Diccionario de asilo*. https://diccionario.cear-euskadi.org/declaracion-de-cartagena/
- Duch J. (2023). Exploring migration causes: why people migrate. *European Parliament*. https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/7/story/20200624STO81906/20200624STO81906_en.pdf

- EUR-Lex. (s.d.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).* https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/european-convention-on-human-rights-echr.html
- Fernández Collados, B. (2007). *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Laborum.
- FRA. (s.d.). *Artículo 19 - Protección en caso de devolución, expulsión y extradición*. https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/19-proteccion-en-caso-de-devolucion-expulsion-y-extradicion#explanations
- FRA. (s.d.). *Artículo 47 - Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.* https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/47-derecho-la-tutela-judicial-efectiva-y-un-juez-imparcial
- García Murcia J., Castro Argüelles M.A. (2009). La distribución de competencias en materia de inmigración. *Temas laborales*, 1(100), 227-263.
- García Ruiz J. L. (2004), La condición de extranjero y el derecho constitucional espanyol, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, (2), 78-82.
- Gutiérrez Espada C.; Cervell Hortal M.J.; Piernas López J.G. (2019). *La Unión Europea y su derecho*. Trotta.
- Iglesias Buhigues, J. L. (2009). *Derechos fundamentales y Derecho Comunitario*. Thomson-Aranzadi.
- Informe A/23/46 del Relator Especial sobre els drets humans dels migrants, François Crépeau, de 24 d'abril de 2013.
- Informe A/71/384 del relator especial sobre la promoció i protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme, de 13 de setembre de 2016.
- Lancha Muñoz, M. (2014). La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 34, 211-228.
- López Insua B.M. (2020). *Protección social de las personas inmigrantes: modelo garantista*. Atelier.
- Maldonado Molina, J. A. (2010). El Derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros. *VVAA*, 2(10), 286.

- Martínez-Carande E. G. (1993). La significación general del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1130 (5), 29-42.
- Mcauliffe, M., Triandafyllidou A. (2021). *World Migration Report 2022*. International Organization For Migration.
- Observació General No. 14. (1999). *Comentaris generals adoptats per el Comitè dels Drets Humans, 67º període de sessions, U.N.* Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202.
- Observació General No. 27. (1999). *Comentaris generals adoptats per el Comitè dels Drets Humans, 67º període de sessions, U.N.* Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202.
- Oñati Socio-Legal Series Forthcoming: Teoría Crítica E Injusticia Social: Derechos Humanos En Tiempos De Democracias Débiles Y Neocapitalismos.
- Parkin J., Merlino M., (s.d.). *Fundamental and Human Rights Framework: Protecting Irregular Migrants in the EU*. Centre for European Policy Study. https://migration.etuc.org/en/docs_en/3%20Fundamental%20and%20Human%20Rights%20Framework_%20Protecting%20Irregular%20Migrants%20in%20the%20EU.pdf
- Parlament Europeu. (Maig, 2011). *Reparto de las competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de inmigración.* https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453178/IPOL-LIBE_NT(2011)453178_ES.pdf
- Parlament Europeu. (s.d.). *Immigration policy*. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/152/immigration-policy#:~:text=Competences,%2C%20for%20third-country%20nationals.
- Peers S. (2008). *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, European Journal of Migration and Law.
- Peers S., Ward A., (2013). *The fundamental rights of irregular migrants in the European Union*. Ensayo.
- Pew Research Center. (2019, Novembre 13). *Europe's Unauthorized Immigrant Population Peaks in 2016, Then Levels Off*. https://www.pewresearch.org/global/2019/11/13/europes-unauthorized-immigrant-population-peaks-in-2016-then-levels-off/

- Plasencia Domínguez, N. (2017), Jurisdicción penal y medidas repatriativas de extranjería. *Diario La Ley*, (8984).
- Reig Fabado, I. (2015). La Directiva de Retorno y la tutela judicial efectiva. *Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (19), 115-126.
- Roig Molés E. (2003), *Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado.
- Rojo Torrencilla E., (2021, Juny 28). *Inmigración. La decisión de expulsión debe estar debidamente motivada y justificada, en aplicación de la jurisprudencia de TJUE. No basta la mera estancia irregular en España. Un apunte a la sentència del TS (C-A) de 27 de mayo de 2021*. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/inmigracion-la-decision-de-expulsion.html
- Rubio Velasco M.F. (2020). *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes irregulares en España*. Laborum Ediciones.
- Sánchez Fierro J. (2017). El Tribunal Constitucional ante una reforma sanitaria aprobada por real decreto-ley. FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 19(2). https://doi.org/10.5209/FORO.55381
- Sánchez G. (2017, Octubre 5). *De la negación hasta la condena judicial: 15 años de devoluciones en caliente en España*. El Diario. https://www.eldiario.es/desalambre/devoluciones-caliente-espana-clandestinidad-normalidad_1_1157279.html
- Santolaya Macheti P. (2006). *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch.
- Scuto F. (s.d.). *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*. https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm#15
- Solanes Corella, Á. (2017). Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones `en caliente´. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (36), 195-225.
- Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N.T. contra España ante el TEDH. *Revista de*

Derecho Comunitario Europeo, 67, 1039-1061. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08

- TORRES, N. (2010). *Textos normativos de derecho internacional público*. Civitas.
- Vidal Fuero C. (2009). *Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE*. Tirant lo blanc.
- Vidal Fueyo M. C. (2009), La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29 (85), 353-379.

LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA

- Carta dels Drets Fonamentals de la UE. DOUE, núm. 202, de 7 de juny de 2016, pàgines 389-405.
- Constitució espanyola (BOE núm.311, de 29 de desembre de 1978).
- Conveni Europeu per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950. Ratificat per Espanya el 26 de setembre de 1979. BOE, 10 d'octubre de 1979, núm. 243, pàgines 23564 a 23570.
- Directiva 2002/90/CE del Consell, de 28 de novembre de 2002, destinada a definir l'ajut a l'entrada, la circulació i l'estada irregulars. DOUE L 328, de 5 de desembre de 2002, pàgines 17 i 18.
- Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de països tercers que siguin víctimes del tràfic d'éssers humans o hagin estat objecte d'una acció d'ajuda a la immigració il·legal, que cooperin amb les autoritats competents. DOUE L 261, de 6 d'agost de 2004, pàgines 19 a 23.
- Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns als Estats membres per al retorn

dels nacionals de tercers països en situació irregular. DOUE L 348, de 24 de desembre de 2008, pàgines 98 a 107.

- Directiva 89/391/CEE del Consell, de 12 de juny de 1989, relativa a l'aplicació de mesures per promoure la millora de la seguretat i de la salut dels treballadors a la feina. DOUE L 183, de 29 de juny de 1989, pàgines 1 a 8.
- Instrument d'adhesió d'Espanya a la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats, feta a Ginebra el 28 de juliol de 1951, i Protocol sobre l'Estatut dels Refugiats, fets a Nova York el 31 de gener de 1967. BOE, 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàgines 24310 a 24328.
- Instrument de Ratificació del Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, i esmenat pels Protocols addicionals números 3 i 5, de 6 de maig de 1963 i 20 de gener de 1966, respectivament. BOE, 10 d'octubre de 1979, núm. 243, pàgines 23564 a 23570.
- Instrument de Ratificació d'Espanya del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, fet a Nova York el 19 de desembre del 1966. BOE, 30 d'abril de 1977, núm. 103, pàgines 9343 a 9347.
- Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària d'asil. (BOE nº 263, de 31 d'octubre de 2009).
- Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat. (BOE nº 102, de 29 d'abril de 1986).
- Llei 16/2003, del 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut. (BOE nº 128, de 29 de maig de 2003).
- Llei Orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE núm 10, del 12 de gener del 2000).
- Llei Orgànica 4/2015, del 30 de març, de Protecció de la Seguretat Ciutadana. (BOE núm. 77, de 31 de març de 2015).
- Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE núm. 307, de 23 de desembre de 2000, pàgines 45508 a 45522).
- Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, fet a Nova York el 19 de desembre de 1966. BOE, 30 d'abril de 1977, núm. 103, pàgines 9337 a 9343.
- Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva

integració social, després de reformar-la per llei orgànica 2/2009. (BOE núm. 103, del 30 d'abril de 2011).

- Reial Decret Legislatiu 8/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (BOE núm. 261, de 31 d'octubre de 2015).
- Reial Decret-Llei 7/2018, de 27 de juliol, sobre l'accés universal al Sistema Nacional de Salut (BOE núm. 183, de 30 de juliol de 2018, pàgines 76258 a 76264).
- Resolució 1373 (2001) sobre mesures per combatre el terrorisme, aprovada pel Consell de Seguretat de les Nacions Unides en la seva 4385a sessió, celebrada el 28 de setembre de 2001. (BOE, 23 de novembre de 2001, núm. 281, pàgines 43030 a 43032).
- Tractat de la Unió Europea i Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Versions consolidades. DOUE. núm. 83, de 30 de març de 2010, pàgines 1 a 388 (388 pàg.)
- Tractat de la Unió Europea i Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Versions consolidades. DOUE. núm. 83, de 30 de març de 2010, pàgines 1 a 388 (388 pàg.)
- Tribunal Constitucional (Ple). Auto núm. 96/2011, de 21 de juny de 2011.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 107/1984, de 23 de novembre de 1984.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 107/1984, de 3 de agost de 1984, FJ 3.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 137/2000, de 29 de maig de 2020, FJ 1.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 139/2016, de 12 de juliol de 2016.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 139/2016, de 21 de juliol de 2016.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 144/1990, de 26 de setembre de 1990, FJ 5.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 172/2020, de 19 de novembre de 2020.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 172/2020, de 19 de novembre.

- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 236/2007, de 7 de novembre de 2007.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 31/2010 de 28 de juny de 2010.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 36/1991, de 14 de febrer 1991.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 87/2017 de 4 de juliol de 2017.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 91/2000, de 30 de març de 2020, FJ 7.
- Tribunal Constitucional (Ple). Sentència núm. 95/2003, de 22 de maig de 2003.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència 3 de març de 2021, C-189/13.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 10 de setembre de 2013, C383/13.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 15 de maig de 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 16 de setembre de 2019, C-578/19.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 17 de juliol de 2014, C-473/13.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentencia de 23 d'abril de 1986, C-294/83, EU:C:1986:166.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 28 d'abril de 2011, C-61/11.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 3 de desembre de 1992, C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 30 de novembre de 2009, C-357/09, ECLI:EU:C:2009:741.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 30 de novembre de 2009. C-357/09, ECLI:EU:C:2009:741.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 6 de desembre de 2011, C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 6 de desembre de 2012, C-430/11, EU:C:2012:777.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 8 d'octubre de 2020, C-568/19, ECLI:EU:C:2020:807.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 11 de juliol de 2000. Cas Jabari contra Turquia.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de desembre de 2016. Cas Paposhvili contra Bèlgica.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de febrer de 2020, Cas de N.D. i N.T. contra Espanya.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 13 de juliol de 1995, Cas Nasri contra França.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 15 de desembre 2016. Cas Khlaifia i altres contra Itàlia.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de desembre 2008. Cas Al-Skeini i altres contra Regne Unit.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de juny de 2005. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 16 de setembre de 1996. Cas Gaygusuz contra Àustria.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 2 de maig de 1997. Cas D. contra Regne Unit,: Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 6 de febrer de 2001. Cas Bensaid contra Regne Unit.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 d'octubre de 1997. Cas Boujlifa contra França.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 d'octubre de 1997. Cas Boujlifa contra França.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 21 de novembre de 2019. Cas Ilias i Ahmed contra Hongria.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 23 de febrer de 2012. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.

- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 23 de febrer de 2012. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 27 d'agost de 1992. Cas Vijayanathan i Pusparajah contra França.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 30 d'octubre de 1991. Cas Vilvarajah i altres contra Regne Unit.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 5 d'abril de 2022. Cas A.A. i altres contra Macedònia del Nord.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 7 d'agost de 1996. Cas C. contra Bèlgica,
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 7 de juliol de 1989. Cas Soering contra Regne Unit.
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 9 d'octubre de 1979. Cas Airey contra Irlanda.
- Tribunal Suprem, Rec. 3177/2007, de 12 de novembre de 2008.
- Tribunal Suprem, Rec. 800/2007, de 18 de març de 2008.
- Tribunal Suprem. Sala de lo Social, rec. 2398/2012, de 17 de setembre de 2013.
- Tribunal Suprem. Sala Social, rec. 3428/2010, de 21 de juny de 2011.
- Tribunal Suprem. Sentència núm. 366/2021, de 10 de febrer de 2021.