

MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO

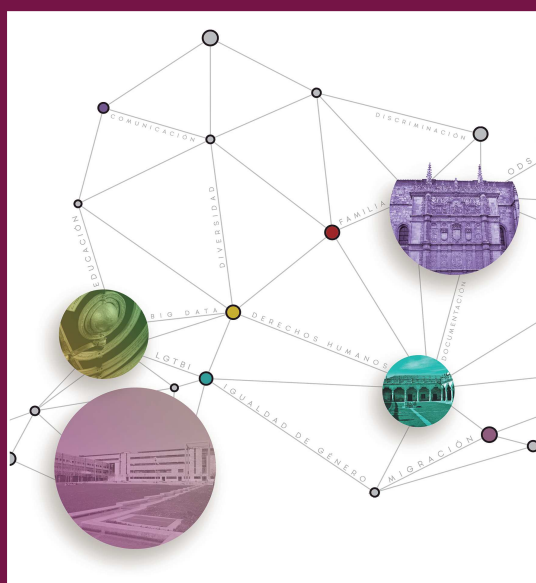
Directora

# POLÍTICAS PÚBLICAS EN DEFENSA DE LA INCLUSIÓN, LA DIVERSIDAD Y EL GÉNERO

COORDINACIÓN:

Raquel GUZMÁN ORDAZ

Ana Belén NIETO LIBRERO



AQUILAFUENTE  
A



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO  
Directora

POLÍTICAS PÚBLICAS EN DEFENSA  
DE LA INCLUSIÓN, LA DIVERSIDAD  
Y EL GÉNERO

COORDINACIÓN:

Raquel GUZMÁN ORDAZ  
Ana Belén NIETO LIBRERO



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

## **AQUILAFUENTE, 285**

©

Ediciones Universidad de Salamanca  
y los autores

1ª edición: febrero, 2020  
ISBN: 978-84-1311-242-8 (PDF)

Ediciones Universidad de Salamanca  
Plaza San Benito s/n  
E-37002 Salamanca (España)  
<http://www.eusal.es>  
[eus@usal.es](mailto:eus@usal.es)

*Realizado en UE-Made in EU*

Maquetación y realización:  
Nueva Graficesa S.L.  
Teléfono: 923 26 01 11  
Salamanca (España)

*Todos los derechos reservados.  
Ni la totalidad ni parte de este libro  
puede reproducirse ni transmitirse sin permiso escrito de  
Ediciones Universidad de Salamanca.*

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE  
Unión de Editoriales Universitarias Españolas  
[www.une.es](http://www.une.es)

## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

|  |      |
|--|------|
| <i>Reflexões sobre a questão indígena e a jurisdição penal: o caso brasileiro</i><br>Bruna FRANCESCHINI.....   | 1225 |
| <i>As constituições latino-americanas e as diferentes perspectivas dos direitos dos povos indígenas. O potencial emancipatório do pluralismo jurídico</i><br>Leopoldo ROCHA SOARES.....                            | 1241 |
| <i>El castigo en la justicia indígena (Ecuador) y el respeto a los derechos humanos</i><br>Nadya GARCÍA YÉPEZ.....   | 1257 |
| <i>Derechos y obligaciones de los pueblos indígenas, la gran responsabilidad depositada en los pueblos originarios contemporáneos</i><br>Federico José RODRÍGUEZ PEÑAGUIRRE / Pedro Joaquín GUTIÉRREZ-YURRITA..... | 1269 |

## LAS MUJERES CUENTAN.

## LA DEFENSA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LOS DATOS

|  |      |
|--|------|
| <i>El sesgo de los algoritmos en el big data: una perspectiva desde la protección de datos</i><br>Asunción FERNÁNDEZ LAREDO.....   | 1291 |
| <i>Lei do Femicídio e assassinato de mulheres no Brasil: uma análise crítica a partir dos dados estatísticos da mais extrema violência de gênero</i><br>Gecyclan RODRIGUES SANTANA ..... | 1303 |

## LA CIBERVIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL ENFOQUE INTERSECCIONAL

|  |      |
|--|------|
| <i>La invisibilidad de la violencia de género en las redes sociales</i><br>Belem BOLAÑOS MARTÍNEZ..... | 1319 |
|--|------|

## MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y EXPANSIÓN DE LA EXTREMA DERECHA

|  |      |
|--|------|
| <i>El TEDH frente al discurso populista extremo: movimientos migratorios y protección de derechos fundamentales</i><br>Elena AVILÉS HERNÁNDEZ..... | 1331 |
|--|------|

## ACCESO IGUALITARIO A LA JUSTICIA

|   |      |
|---|------|
| <i>Dificultades probatorias de la violencia psicológica</i><br>Aida FONSECA DÍAZ.....   | 1345 |
| <i>Acceso a la justicia de personas migrantes: una mirada desde la Patagonia Argentina</i><br>Manuel CASTAÑÓN LÓPEZ.....                        | 1355 |
| <i>La mediación familiar como un instrumento efectivo de igualdad de acceso a la justicia de las mujeres</i><br>Sabrina MENEGATTI PÍTSICA ..... | 1369 |

# MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y EXPANSIÓN DE LA EXTREMA DERECHA

## EL TEDH FRENTE AL DISCURSO POPULISTA EXTREMO: MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>1</sup>

ELENA AVILÉS HERNÁNDEZ  
*Universidad de Málaga, España*

### INTRODUCCIÓN

**E**N OCASIONES, ALGUNOS DE LOS LÍDERES que deberían gobernar para sus ciudadanos no hacen sino generar un discurso populista que amenaza los derechos humanos. A veces este discurso no es más que una distorsión de la realidad, a veces incluso es mentira, pero el problema es que generalmente va en contra de las personas más vulnerables, en este caso, los migrantes<sup>2</sup>.

Uno de los ejemplos más claros es el discurso del Primer Ministro húngaro, Viktor Orbán (Schultheis, 2018), quien estableció lo siguiente: «Los europeos tie-

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos: «La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional» (DER2015-67512-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del que es investigador principal Octavio García Pérez; Proyecto «Inmigración y Derecho: retos actuales desde un enfoque interdisciplinar» (PPIT.UMA.B1.2018/04), de la Universidad de Málaga, y del que es investigadora principal Carmen Rocío Fernández Díaz. Asimismo, es financiado por la Universidad de Málaga.

<sup>2</sup> El concepto «migrante» es un término genérico que no se encuentra definido en el derecho internacional. Por su uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.

nen una voluntad clara, no quieren vivir bajo la amenaza del terrorismo, quieren seguridad, quieren que se protejan sus fronteras».

Al mismo tiempo que se muestra a sí mismo como uno de los defensores más fervientes de su país, está plantando la semilla del miedo a lo desconocido por lo que, sin una gestión adecuada, este miedo probablemente se convertirá en odio hacia «el otro».

De esta forma, a la hora de hacer un análisis más exhaustivo de este asunto, es fundamental destacar la existencia de una serie de factores que, aunque de primeras parecieran no estar relacionados entre sí, pueden generar una vulneración importante de derechos humanos si no los abordamos desde un enfoque integral; en concreto hago referencia al contexto migratorio mundial, a la percepción de inseguridad asociada al auge del terrorismo transnacional y al incremento de ciertos discursos asociados al populismo extremo, aspectos que iré desarrollando brevemente a continuación. La confluencia de dichos elementos nos permitirá a su vez constituir las bases a partir de las cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante, TEDH- construirá su argumentación jurídica de cara a frenar esta situación en pro de garantizar los derechos humanos de dicho grupo poblacional.

## CONTEXTO DE FLUJOS MIGRATORIOS HISTÓRICOS

Si se observan las cifras recogidas por los organismos internacionales, dejan claro que nos enfrentamos a uno de los flujos migratorios más importantes de toda la historia:

La estimación de Naciones Unidas data que en 2013, había alrededor de 244 millones de migrantes internacionales en el mundo (DESA, United Nations, 2013), lo que equivale al 3,3% de la población mundial. Alrededor de la mitad de esos migrantes residían en las principales ciudades de diez países diferentes, países entre los cuales se encuentran cuatro del continente europeo: Alemania, España, Francia y el Reino Unido (Organización Internacional para las Migraciones, 2015).

Sin embargo, esto es solo la punta del iceberg, ya que la gran mayoría de las personas en el mundo no migran a través de las fronteras, sino que lo hacen dentro de sus propios países, de forma que se estima que en 2009 se produjeron alrededor de 740 millones de migraciones internas (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009).

Concretamente, esta definición fue elaborada por la OIM para sus propios fines y no presupone ni establece la existencia de una nueva categoría jurídica. Queda recogida en su publicación *International Migration Law-Glossary on Migration* de 2019.

La cuestión radica en que, aproximadamente, una de cada siete personas en el mundo es un migrante, incluidos no solo los migrantes internacionales sino también los internos (Thompson, 2015).

Pues bien, si atendemos a aquellos migrantes que se han visto obligados a desplazarse debido a la situación a la que debían hacer frente en su país de origen, nos encontramos con unos datos aun más reveladores que establecen que, de nuevo, Europa es una de las regiones más afectadas por este fenómeno:

Por un lado, entre los años 2015 y 2016, la agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas –en adelante FRONTEX– detectó que casi 2,3 millones de personas cruzaron ilegalmente la frontera de la UE.

Es importante destacar que, de ese total, solamente durante el año 2015 cruzaron por la ruta occidental de los Balcanes 764.033 personas y por la ruta este del Mediterráneo 885.386 personas, es decir, un 33,21% y un 38,5% respectivamente del total de todas las rutas durante ambos años, lo que evidencia la gran crisis migratoria sufrida en Europa en ese momento.

En la actualidad, no solamente dichas cifras han descendido notablemente, sino que además, las rutas migratorias de mayor afluencia se han desplazado a la zona este (56.561 personas) y oeste (57.034 personas) del Mediterráneo, tal y como se observa a continuación:

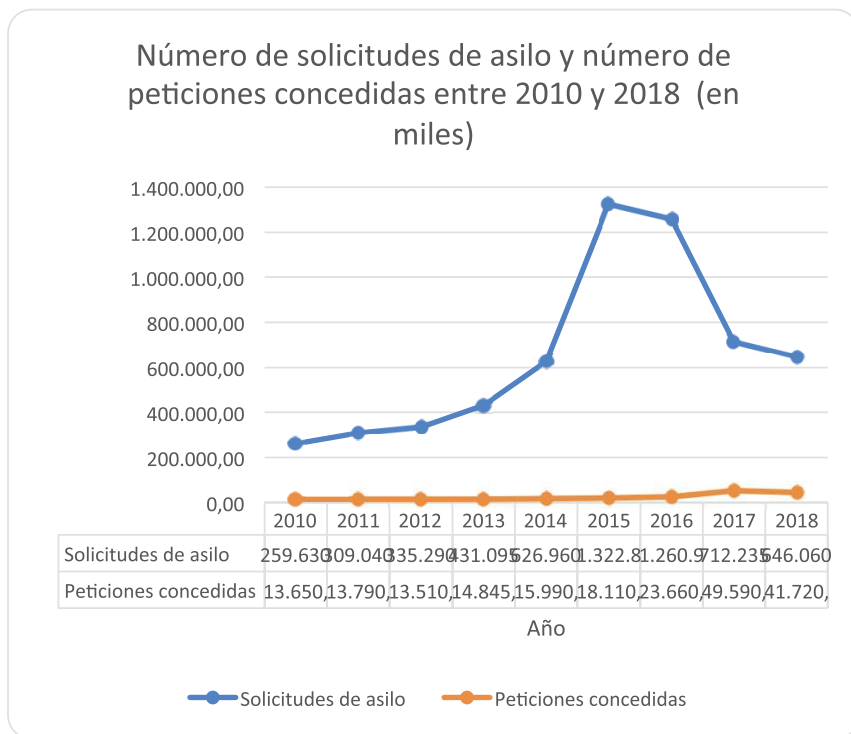
Figura 1. MAPA MIGRATORIO EN 2019



Fuente: FRONTEX, 2019

Además, en esa misma época, más de 2.5 millones de personas solicitaron protección internacional, sin embargo, únicamente se aceptaron una ínfima parte de las solicitudes propuestas, hecho que se puede observar con mayor claridad en la siguiente tabla:

Tabla 1. NÚMERO DE SOLICITUDES DE ASILO Y NÚMERO DE PETICIONES CONCEDIDAS ENTRE 2010 Y 2018



Fuente: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LOS DATOS OBTENIDOS DE EUROSTAT, 2019.

Esta situación puso en evidencia las deficiencias del sistema migratorio europeo, el cual se caracterizó por una falta de coordinación intergubernamental y un desacuerdo generalizado entre los diferentes Estados miembro. Sin embargo, a lo largo de todo este periodo, la UE ha tratado de implementar una serie de políticas en pro de paliar tanto sus deficiencias objetivas como la percepción de las mismas, aunque sus resultados no fueron del todo satisfactorios:

En primer lugar, se llevó a cabo la creación del Sistema Europeo Común de Asilo, también conocido como SECA, el cual se venía forjando desde 1999, así

como la mejora del marco legislativo vigente<sup>3</sup>. Su objetivo no solo era alcanzar un sistema que determinase qué Estado era responsable de examinar una solicitud de protección<sup>4</sup>, sino también el establecimiento de un estatuto uniforme de asilo, un procedimiento común para su concesión o retirada y un sistema común de protección temporal (Machimbarrena, 2018). Además, se actualizó la base de datos del sistema de huellas dactilares de la UE con fines de asilo de la UE a través del Reglamento Eurodac<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Se acuerda un nuevo paquete legislativo de la UE que fija unas normas comunes y refuerza los procedimientos de cooperación para garantizar la igualdad de trato con independencia del lugar donde se presente la solicitud.

Concretamente, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional que sustituye a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, tiene como objeto principal el fijar las normas de cualquier procedimiento de asilo, independientemente del lugar de petición.

La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional que sustituye a la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, enmarcó las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional a fin de garantizarles una vida digna y concederles las mismas condiciones en todos los Estados miembro.

La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida que sustituye a la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, contiene por un lado el elenco de motivos por los cuales una persona puede considerarse elegible para la protección y por otro lado, el contenido de dicha protección, así como los derechos de los cuales goza.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición) (aplicable desde el 1 de enero de 2014). Dicho reglamento sustituye al Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

<sup>5</sup> Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares que sustituye al Reglamento (CE) no 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

2. La segunda de las medidas fue el refuerzo del control de las fronteras de la UE y la gestión de la inmigración irregular a través de, entre otras cosas, la entrega de grandes partidas presupuestarias a los países limítrofes como una forma de contener la entrada masiva de inmigrantes ilegales.

Las medidas ejecutadas, si bien fueron paliativas, no han solucionado la situación existente hasta la fecha. A pesar de que la entrada masiva de inmigrantes ha disminuido, no ha sido tanto por una gestión adecuada de la misma, sino más bien al contrario, en tanto que las políticas radicales de cierre de fronteras de algunos Estados como Hungría o Italia han generado una búsqueda de vías alternativas de entrada. Además, tal y como hemos comprobado en el gráfico anteriormente mencionado, las peticiones de asilo no han tenido un incremento significativo a pesar de que ha habido una reducción drástica de las mismas, lo que lleva a pensar en, bien una mala gestión del proceso o una falta de interés por parte de los Estados miembro.

## CONTEXTO INSEGURIDAD ASOCIADO AL AUGE DEL TERRORISMO TRANSNACIONAL

A diferencia del terrorismo nacional, que ha sido regulado individualmente de acuerdo con cada legislación interna, el terrorismo transnacional como «concepto» no se incluyó en uno de los instrumentos más importantes de la UE en relación con este campo, el Estatuto de Roma. Esto es así entre otras cosas porque todavía no existía -ni sigue existiendo- una definición unificada de terrorismo. Aunque muchos autores defienden la existencia de elementos comunes y algunas resoluciones -sobre todo del Consejo de Seguridad<sup>6</sup>- tratan de desarrollar un concepto de mínimos, todavía hoy sigue sin existir un concepto base a partir del cual se pueda desarrollar una respuesta conjunta al mismo.

Por su parte, la Unión Europea, a partir de los delitos recogidos en las normativas nacionales, ha tratado de elaborar una lista cerrada de aquellos delitos que podrían tipificarse como delitos de terrorismo, siempre y cuando su autor lo cometa con el fin de:

- Intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

<sup>6</sup> Vid. Resolución S/RES/1373 de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, más concretamente, la Resolución S/RES/1566 de 2004 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional<sup>7</sup> (Consejo de la Unión Europea, 2002)

Sin embargo, la adopción de una definición unificada es fundamental para que los Estados, a la hora de actuar, tengan mayor seguridad jurídica a la hora de calificar los actos de terrorismo y diferenciarlos de otros relativos al Derecho Penal Humanitario (García Sánchez, 2018).

La cuestión es que, esta situación se ha ido complicando cada vez más; no solo porque los países europeos han tenido que lidiar con un problema desconocido hasta ahora, sino también porque aún se muestran reacios a hacer un pacto internacional a costa de perder su soberanía cediendo competencias en beneficio de organismos supranacionales.

Lo que sí está claro es que, tras los atentados del 11-S, la estrategia de respuesta a esa amenaza a la seguridad ha puesto en peligro el cumplimiento de una serie de garantías referentes a derechos y libertades individuales en pro de una mayor seguridad; riesgos que además afectan al propio Derecho Internacional Humanitario en tanto que se han normalizado medidas de aplicación excepcionales, destruyendo por completo su sentido último que a fin de cuentas debía ser la limitación de su aplicación en el tiempo y su uso instrumental para recuperar la normalidad.

La Unión Europea, en su lucha por evitar esta tendencia y garantizar los derechos fundamentales, ha incluido tanto en la Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002 como en la posterior Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 un apartado que especifica que dichos textos no eximen de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales contenidos en el artículo 6 del TUE<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002 se considera la piedra angular de la respuesta de la justicia penal de los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo. Su artículo 1 contiene una lista con *numerus clausus* de aquellos actos que, siendo tipificados como delito en las normativas nacionales, puedan considerarse de terrorismo cuando se cometan con un fin específico determinado en dicho artículo. Este artículo se ha incorporado a la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017.

<sup>8</sup> Vid. art. 1.2 Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002 y art. 23.1 de la Directiva 2017/541 de 15 de marzo de 2017.

## POPULISMO ASOCIADO A UN NACIONALISMO QUE APOYA UNA IDENTIDAD QUE CONSIDERA EN PELIGRO, ENFOCANDO UN DISCURSO DE ODIO HACIA EL EXTRANJERO INVASOR

Tal y como mencioné al inicio del texto, la estrategia principal de algunos países ha sido difundir el miedo y el odio contra el migrante como una forma de preservar el país, estrategia que, aunque dice estar sustentada bajo la libertad de expresión, traspasa en muchos casos los límites a partir del cual lo que está generando no es solamente el rechazo al extranjero sino, además, la vulneración de algunos de sus derechos fundamentales.

El problema se torna aún más grave cuando dicho discurso tiene repercusiones políticas y jurídicas de forma que se plasma en la normativa de dicho país. Dos de los casos más llamativos –y alarmantes– son los casos de Hungría e Italia, a los cuales me referiré a continuación:

El 15 de marzo de 2019, Viktor Orbán, el primer ministro húngaro, en su discurso en honor al 171 aniversario de la Revolución de 1848-49, además de hablar sobre la unidad nacional húngara y el «renacimiento de Europa central» afirmó que: «Sin la protección de nuestra cultura cristiana, vamos a perder Europa y Europa ya no pertenecerá a los europeos». Este es un ejemplo de la tendencia populista defendida en sus discursos durante los últimos años.

El problema radica en que esta maniobra política ha tenido una repercusión mucho mayor, ya que dichos discursos han ido acompañados de una serie de acciones y medidas que vulneran no solamente los derechos de los inmigrantes, sino también de aquellas personas cuyo único objetivo es ayudar; me refiero concretamente a la ley Stop Soros, la nueva legislación aprobada en junio de 2018 y que castiga con pena de cárcel a los abogados y organizaciones que ayuden a los solicitantes de asilo.

Las reiteradas advertencias y la apertura de un procedimiento por parte de la Comisión Europea, no ha instado a Orbán a redefinir el enfoque de esa tendencia nacionalista extrema que continúa caracterizando sus políticas.

Meses después de la puesta en marcha de las medidas húngaras, Matteo Salvini, ministro de interior italiano, veía cómo el decreto que lleva su nombre y que implica cambios legislativos sobre inmigración en tanto que endurece las condiciones para los solicitantes de asilo, limita la protección de los inmigrantes vulnerables y facilita su expulsión, salía adelante con el apoyo del Consejo de Ministros del país.

## CONSECUENCIAS: EL PERJUICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tal y como adelanté en el inicio de mi intervención, los tres factores desarrollados anteriormente no generan –o, al menos, no deberían generar– *per se* una vulneración de derechos fundamentales.

Sin embargo, los discursos nacionalistas extremos que buscan defender lo suyo frente «al enemigo» en un contexto histórico de migraciones sin precedentes desde la IIG.M. y con una percepción de inseguridad tras el auge del terrorismo transnacional, está propiciando no solamente un mayor rechazo social al inmigrante, sino además unas reformas legislativas que vulneran los principios y valores básicos de la Unión Europea. Por ello, se podría afirmar que esta situación incide en la vulneración de ciertos derechos en tres niveles diferenciados:

A nivel social lo que se está produciendo es una estigmatización de los inmigrantes aún mayor de lo que ya existía antes. En España por ejemplo, sobre todo durante la crisis económica de 2008, la percepción generalizada del inmigrante era negativa en tanto que «le quitaba el trabajo a los españoles». Ahora se ha dado un paso más y el estereotipo de inmigrante –sobre todo de África subsahariana, Oriente Medio y Oriente Próximo– es el de una persona peligrosa, un delincuente o incluso, un cuasi-terrorista, a pesar de que los datos objetivos muestran lo contrario.

Sin embargo, la cuestión no es únicamente de percepción social, sino que está trascendiendo a nivel legal, tanto en el ámbito nacional como internacional.

A nivel de derecho interno, tal y como he mencionado con el caso de Italia o Hungría, determinados países están incluyendo una serie de reformas en las que no solamente se penalizan a los inmigrantes irregulares, sino también a todas aquellas personas u organizaciones que tratan de ayudarles, criminalizando así las organizaciones de la sociedad civil que desarrollan operaciones de búsqueda y rescate e imputándoles entre otros el delito de tráfico de personas o, como en el caso de España, el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis CP<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> El art. 318 bis del Código Penal de 2015 establece lo siguiente: «1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través de este de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año».

Pero es que además el detrimento de derechos fundamentales no se acaba aquí. Toda la imposición de trabas para que un inmigrante o un refugiado acceda a un país distinto de su país de origen genera a su vez la violación del Derecho Internacional Humanitario en tanto que se les está impidiendo ejercer su derecho a pedir asilo y, por tanto, la posibilidad de ser identificados como víctimas de trata de personas.

## POSTURA DE LAS INSTITUCIONES SUPRANACIONALES

La principal preocupación de los entes supranacionales tras lo acontecido en estos últimos años ha sido el encontrar un equilibrio entre el respeto a la soberanía de los Estados de cara a legislar en una materia concreta y la protección de los derechos humanos garantizada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para ello, el TEDH en sus sentencias sobre este tema se ha centrado en proteger a los inmigrantes a través de tres artículos del Convenio: el artículo 3<sup>10</sup> y 13<sup>11</sup> del Convenio y el artículo 4 del Protocolo 4<sup>o</sup> de 16 de septiembre de 1963<sup>12</sup>.

La aplicación de dichos artículos se ve reflejada en algunas de las sentencias del TEDH en lo referente a esta materia:

## ASUNTO HIRSI JAMAA Y OTROS V. ITALIA, DE 23 FEBRERO DE 2012

En este caso, el Tribunal atendía la petición de 24 personas de un grupo de más de 200 que procedían de Somalia y que habían sido interceptadas en el mar, obligándoles a regresar a Libia, punto del cual habían partido.

La relevancia de esta sentencia recae en que, por primera vez, el TEDH reconoce la violación del artículo 4 del Protocolo 4<sup>o</sup> por actos realizados fuera del territorio de un Estado parte en la Convención, ya que la devolución se produce en

<sup>10</sup> El artículo 3 del CEDH establece la prohibición de la tortura afirmando que «nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas inhumanos o degradantes».

<sup>11</sup> El artículo 13 del CEDH determina el Derecho a un recurso efectivo estableciendo lo siguiente: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

<sup>12</sup> El artículo 4 del Protocolo 4 establece la Prohibición de expulsión colectiva de extranjeros.

alta mar, aplicando de forma «extraterritorial» el precepto mencionado<sup>13</sup>. De ello se desprende una interpretación teleológica del artículo con el objetivo de garantizar el respeto por los derechos humanos más allá del tenor literal de la ley.

Además, el Tribunal determinó que la violación del art. 3 se había producido desde una doble vertiente: por un lado, debido al riesgo al que dichas personas estaban expuestas al ser devueltas a Libia dada la situación existente en el país en relación con las denuncias de malos tratos a inmigrantes ilegales; y en segundo lugar por el riesgo al que estaban expuestos de ser repatriados a Somalia y Eritrea. Bajo este último criterio, el Tribunal reiteraba la obligación del Estado parte de constatar que existían garantías suficientes para evitar que los interesados sufrieran una devolución arbitraria a sus países de origen donde pudieran ser sometidos a malos tratos contrarios al artículo 3 (Castro Sánchez, 2013).

Además de ello, el Tribunal también consideró la violación del artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 3 y con el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio.

#### ASUNTO N.D. Y N.T. C. ESPAÑA, DE 3 OCTUBRE 2017

Considero de especial relevancia mencionar dicha sentencia puesto que es a través de la cual el TEDH condenó a España por las «expulsiones en caliente» en la valla de Melilla en agosto de 2013.

Los demandantes alegaron que el hecho de no permitirles ser objeto de un procedimiento administrativo individualizado antes de ser devueltos a su país de origen, una vez que las fuerzas de seguridad españolas los habían retenido tras cruzar la valla de Melilla, no solo vulneraba el derecho a un recurso efectivo del art. 13 del CEDH, sino que además propiciaba una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del mismo. En este caso, el TEDH les dio la razón y condenó a España por ello.

Además de la actuación del TEDH, otra de las respuestas de los organismos supranacionales ha sido la intervención del Parlamento Europeo en septiembre de 2018, el cual votó a favor de una acción disciplinaria sin precedentes contra Hun-

<sup>13</sup> Precisamente este es el argumento que esboza Italia para oponerse a la aplicación del art. 4 del CEDH en tanto que afirma que lo que se ha producido es un rechazo de entrada de extranjeros a su territorio, no un supuesto de expulsión de extranjeros en tanto que no se encuentran dentro de las fronteras del país.

gría por violar los valores sobre los cuales se fundó la UE a través del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea<sup>14</sup>:

Las sanciones de dicho artículo solo se pueden imponer a un Estado miembro por violar los valores básicos de la Unión Europea, valores como la «dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías»<sup>15</sup>.

### ¿QUÉ OCURRIRÁ A PARTIR DE AHORA?

Es fundamental continuar trabajando por la protección de los derechos humanos, no solo desde la esfera política o legal, sino desde un enfoque multinivel en el que la sociedad se constituya como una base sólida a partir de la cual construir dicha propuesta. Solamente así se podrá dar una respuesta integral al problema que se está tratando de abordar.

A nivel europeo, considero que el desafío, tras las elecciones europeas del pasado 26 de mayo, es lidiar con el surgimiento de partidos nacionalistas y analizar el posible impacto que su forma de pensar podría conllevar en la posterior legislación europea. Todo esto con el objetivo último de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables.

### REFERENCIAS

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes.*, (2016).
- Asunto HIRSI JAMAA Y OTROS c. ITALIA, de 23 febrero 2012* (Gran Sala).
- Asunto N.D. Y N.T. c. ESPAÑA, de 3 octubre 2017* (Sección tercera).
- CEAR. (2016). *Informe 2016: las personas refugiadas en España y en Europa. Resumen Ejecutivo*. Recuperado de <https://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/informe-anual-de-cear/>
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2003). *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A133500>

<sup>14</sup> El artículo 7 del TUE tiene por objeto garantizar que todos los países de la UE respeten los valores comunes de la Unión. Contempla un mecanismo preventivo en caso de «riesgo claro de violación grave» y un mecanismo sancionador en caso de una «violación grave y persistente por parte de un Estado miembro» de los valores estipulados en el artículo 2.

<sup>15</sup> Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.

- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Un Sistema Europeo Común de Asilo*. Luxembourg: Publications Office.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002*.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución 1373 (2001)*. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resolución 1566 (2004)*.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C. (2013). TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), HIRSI JAMAA E.A. c. ITALIA, 27765/09 – «Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del protocolo n. 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – Derecho a un recurso efectivo – Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, pp. 1119-1135.
- DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, UNITED NATIONS (2013). *International Migration Report 2013*. Recuperado de: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2013.pdf>
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2018). Instrumentos internacionales en la lucha contra el terrorismo (ONU). En A. I. Pérez Cepeda (Ed.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 75-104. Valencia: Tirant lo Blanch.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (2019). *International Migration Law-Glossary on Migration*. Recuperado de <http://publications.iom.int/books/international-migration-law-ndeg34-glossary-migration>
- MACHIMBARRENA, M. G. (2018). La cuestión del asilo y el principio de non- refoulement: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en la UE. *Universidad de Navarra*, 25.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2015). *Los migrantes y las ciudades: Nuevas colaboraciones para gestionar la movilidad. Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2015*. Recuperado de <http://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2015-los-migrantes-y-las-ciudades-nuevas>
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2016). ¿Qué diferencias existen entre «refugiados» e inmigrantes? En B. Becerril Atienza, J. Parejo Gámir, & B. Sánchez Alonso (Eds.), *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*, 115-140, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PACHO, L. (2018). Italia aprueba el ‘decreto Salvini’ que endurece las medidas contra la inmigración. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2018/09/24/actualidad/1537810075\\_453158.html](https://elpais.com/internacional/2018/09/24/actualidad/1537810075_453158.html)
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.*
- 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.*
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.*
- Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº 604/2013.*

- Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.*
- Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.*
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2009). *Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos. Informe sobre desarrollo humano 2009*. Recuperado de [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2009\\_es\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2009_es_complete.pdf)
- SCHULTHEIS, E. (2018). Viktor Orbán: Europe will restore 'the will of the people' on migration in 2018. Recuperado 21 de julio de 2019, de: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-refugees-europe-will-restore-the-will-of-the-people-on-migration-in-2018/>
- THOMPSON, L. (2015). Migración en Europa: tendencias actuales y retos emergentes. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 28-52
- ZOLTÁN, Kovács. (s. f.). *About Hungary-PM Orbán: 'If we lose our Christian culture, we are going to lose our freedom'*. Recuperado de <http://abouthungary.hu/blog/pm-orban-if-we-lose-our-christian-culture-we-are-going-to-lose-our-freedom/>