

Un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración irregular por ingresos clandestinos

*Jacqueline Hellman Moreno**

RESUMEN

Los movimientos migratorios en Europa han alcanzado en este nuevo siglo cifras muy altas que han venido acompañadas de la implementación de controvertidas medidas estatales. Ello, como es lógico, ha provocado la apertura de numerosos procesos judiciales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Consecuentemente, analizaremos el fallo N.D. y N.T. c. España conforme al cual concluiremos que el citado órgano judicial ha iniciado un giro regresivo en materia de derechos de las personas migrantes, distanciándose de lo dispuesto con anterioridad en el asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia. En este contexto, se traerá a colación el caso S.S. y otros c. Italia, porque nos permitirá anticipar las principales consideraciones en torno al futuro fallo. Asimismo, debe indicarse que a la luz de parte de los hechos que rodean a este último asunto pondremos de relieve la posibilidad de sostener la responsabilidad internacional pertinente; esta no es una cuestión baladí, ya que podría revertir el cambio de rumbo recientemente emprendido.

Movimientos migratorios; Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; responsabilidad internacional de los Estados

An analysis of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights on irregular migratory movements due to clandestine entries

ABSTRACT

In Europe, migratory movements have reached, in this new century, very high figures that have led to the implementation of controversial State measures. This, of course, has entailed the opening of many legal proceedings before the European Court of Human Rights. Consequently, we will analyze the sentence N.D. and N.T. v. Spain according to which we will conclude that the aforementioned judicial body has begun a regressive turn in the matter of the rights of

* Licenciada y Doctorada en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora de Derecho, Universidad Europea de Madrid, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2327-6010>. Correo electrónico: jackiehellman@gmail.com

Trabajo recibido el 10.3.2021 y aceptado para su publicación el 16.8.2021.

migrants, distancing itself from the provisions previously made in the case Hirsi Jamaa et al. v. Italy. In this context, the case S.S. and others v. Italy will be brought, since it will allow us to anticipate the main considerations regarding the future ruling. Likewise, it should be indicated that in light of part of the facts surrounding this last matter, we will highlight the possibility of sustaining the pertinent international responsibility; this is not a trivial question as it could reverse the change of the course recently undertaken.

Migratory movements; European Court of Human Rights;
international responsibility of States

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que los movimientos migratorios no pueden considerarse un fenómeno exclusivo del presente y pasado siglo. De hecho, desde tiempos inmemoriales se han producido desplazamientos motivados por un sinnúmero de diversas y variadas razones¹. En lo que a este siglo se refiere, debemos traer a colación los preocupantes datos que distintas organizaciones están arrojando en torno a los movimientos migratorios acaecidos en estos últimos años, los que vienen motivados en muchos casos por las guerras, así como por las persecuciones. En este sentido, la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados puso de relieve que fueron más de setenta millones las personas que tuvieron que desplazarse obligatoriamente de sus hogares en el 2018². Consecuentemente, los desplazamientos humanos constituyen hoy todo un desafío para el conjunto de la comunidad internacional³. A raíz de este complejo y delicado contexto, se incentivó, hace poco, la adopción del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular en virtud de que se pretendía fundamentalmente reforzar los derechos de los migrantes, así como fomentar la cooperación internacional. Sin embargo, esta herramienta, cuyo contenido no es de obligado cumplimiento, ha sido incapaz de hacer frente a los retos que el comentado fenómeno genera⁴.

Al hilo de lo expuesto, debemos hacer hincapié en la compleja situación que afronta el continente europeo, el que se ha visto seriamente azotado por la llegada masiva de personas procedentes de terceros países. En este punto de nuestra explicación debemos indicar que el número total de migrantes que accedieron a la Unión Europea disminuyó durante el 2020 debido al impacto que tuvo la pandemia de la Covid-19⁵. Sin embargo, aunque los desplazamientos migratorios decrecieron, es importante destacar que estos

¹ HELLMAN MORENO, 2019, páginas 612 y siguientes.

² Información disponible a continuación: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Informe-CEAR-2018.pdf>

³ ARANGO, 2003, página 5.

⁴ BUFALINI, 2019, página 24.

⁵ En este contexto, se debe señalar que, en los primeros diez meses del 2020, se presentaron 390.000 solicitudes de asilo en el marco de los distintos Estados que conforman la Unión Europea; se trata de 33% menos si lo comparamos con los datos recopilados durante la misma franja temporal del 2019. Información disponible a continuación: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_232

han sido una constante desde el inicio de este nuevo siglo en donde se han alcanzado cifras récord en determinados momentos. A estos efectos, cobra especial interés el 2015⁶.

A la luz de lo dispuesto en el párrafo anterior y con el propósito de comprender en mejor medida los asuntos judiciales que serán posteriormente analizados, debemos mencionar las implicaciones que tienen dos de las rutas principales de acceso a Europa. Así pues, por un lado, debemos incidir en los movimientos migratorios que se producen por el mar Mediterráneo para llegar –fundamentalmente– a Grecia e Italia⁷; en este sentido, hay que subrayar que estos conllevan recorridos extremadamente peligrosos en los que organizaciones no gubernamentales suelen realizar operaciones de salvamento para rescatar a los migrantes de los peligros que este tipo de travesías siempre entrañan⁸. Por otro lado, debe mencionarse el acceso a Europa por tierra mediante los enclaves españoles localizados en África. Esta manera de adentrarse a suelo europeo es la elegida por muchos migrantes a pesar de que, *inter alia*, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, así como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas y el Consejo de Europa hayan denunciado la práctica sistemática de devoluciones ilegales realizada por las autoridades españolas⁹.

Ante esta complicada coyuntura, algunos Estados miembros han optado por implementar medidas contrarias a los objetivos y valores esenciales de la citada organización¹⁰. Todo ello ha llevado a las instituciones europeas a proponer de manera asidua y constante medidas ideadas con el propósito de hacer frente a los problemas de diversa índole que, en este marco, indudablemente se generan¹¹. A modo de ejemplo, es importante mencionar el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, adoptado recientemente por la Comisión

⁶ En el 2015, más de un millón y medio de personas llegaron a suelo europeo. Los hechos que motivaron un aumento de los movimientos migratorios en aquel momento se encuentran relacionados indudablemente con el recrudecimiento de la guerra civil que comenzó en Siria en el 2011. Evidentemente, personas procedentes de otros lugares conflictivos, como Irak o Afganistán, no hicieron sino aumentar la lista de personas desplazadas.

⁷ Evidentemente, existen otras rutas marítimas utilizadas por los migrantes. Es posible mencionar, por ejemplo, la importancia que está tomando la vía marítima, por donde los migrantes alcanzan suelo canario. De hecho, esta se está convirtiendo en la principal vía de acceso para llegar a Europa. Información disponible a continuación: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-CEAR_CANARIAS.pdf

⁸ HELLMAN MORENO, 2020, página 814 y siguientes.

⁹ Información disponible a continuación: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-rutas-migratorias.pdf>

¹⁰ En este contexto, debe subrayarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 6 de septiembre de 2017, tuvo oportunidad de analizar controvertidas medidas internas implementadas por algunos Estados europeos. Del pertinente examen judicial, el citado órgano concluyó que estas efectivamente no eran compatibles con las premisas esenciales de los principales tratados europeos. HELLMAN MORENO, 2017, página 8.

¹¹ De acuerdo con lo mencionado en el cuerpo principal del texto, la mayoría de las estrategias articuladas por las instituciones europeas han consistido en promover un mayor control de las fronteras exteriores, ajustar el Sistema Europeo de Asilo sobre la base del principio de igualdad, así como fomentar la solidaridad entre los Estados europeos.

Europea, el que ha sido duramente criticado por Human Rights Watch al concluir que se trata de un documento poco novedoso que socava los derechos de los migrantes¹².

Siendo conscientes de la grave situación esbozada en los párrafos anteriores, hay que dejar claro que uno de nuestros objetivos consiste en determinar la postura que mantiene en este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante: TEDH). A estos efectos, entendemos que es vital analizar la sentencia emitida en febrero del 2020 con motivo del asunto *N.D y N.T c. España*. Además, con la idea de ofrecer un mayor grado de exhaustividad, acudiremos a una decisión judicial anterior particularmente relevante en esta misma materia. Nos estamos refiriendo al célebre asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el que presenta similitudes con el caso previamente mencionado¹³. Así, seremos capaces de atisbar la aproximación que mantiene el citado tribunal en este ámbito y, consecuentemente, determinaremos la evolución (o involución) acaecida en lo que a protección de los derechos de migrantes se refiere.

Habiendo aclarado uno de los objetos principales de nuestra investigación, hemos de indicar que nuestro análisis no termina aquí. Somos conscientes de la importancia de alguna de las incógnitas suscitadas en torno a la sentencia emitida hace más de un año por el TEDH. Concretamente, este no se pronuncia acerca del modo de proceder de España consistente en informar a las autoridades extranjeras del avistamiento de migrantes que “amenazan” con acceder a territorio español. En nuestra opinión, este particular *modus operandi* podría tener un fuerte impacto si una situación similar fuera examinada con rigor por el tribunal de Estrasburgo en la medida en que podría implicar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Así, resulta de interés analizar el todavía irresuelto caso *S.S. y otros c. Italia*, ya que los demandantes denuncian una práctica implementada por el país transalpino muy similar a la aplicada por España en la frontera con Marruecos. Dicho lo anterior, veamos –en un primer momento– la postura que actualmente mantiene el TEDH en torno a los actuales desplazamientos migratorios.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN EL ASUNTO *HIRSI JAMAA Y OTROS C. ITALIA*

La sentencia emitida el 23 de febrero del 2012 por el TEDH con motivo del asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* debe traerse a colación en la medida en que hace importantes valoraciones en torno a los movimientos migratorios y a las obligaciones que asumen los Estados europeos cuando suscriben regulación supranacional en el ámbito de los derechos humanos¹⁴. Además, conviene recordar que la denuncia interpuesta giró en

¹² Información disponible a continuación: <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/european-union>

¹³ GIUFFRÉ, 2012, página 729.

¹⁴ Este caso nace como consecuencia de una demanda interpuesta el 26 de mayo de 2009 por once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos contra la República italiana. Estos zarparon en barco desde Libia con el objetivo de llegar a suelo europeo. No obstante, el 6 de mayo de 2009 y a 35 millas náuticas del

torno al precepto legal tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante: CEDH) y al cuarto del Protocolo número 4. Consecuentemente, en un primer momento, el citado órgano judicial se propuso escudriñar si verdaderamente Italia había ignorado o no el referido artículo 3 y, para ello, entendió que era fundamental dilucidar si había “(...) motivos serios y fehacientes para creer que los interesados corrían un riesgo real de ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes una vez entregados a Libia”¹⁵. Con el objetivo de proporcionar una respuesta clara a este interrogante, el Tribunal decidió apoyarse en los informes elaborados por los órganos internacionales y organizaciones no gubernamentales en donde se ponía de relieve que el compromiso del Estado libio para con la regulación en materia de derechos humanos era nulo, al margen de que hubiera ratificado numerosa normativa internacional al respecto. Y, tras esta conclusión, plasmó una consideración de gran interés: “Italia tenía que haber examinado la situación que les depararía a los denunciantes una vez fueran devueltos a Libia aun cuando estos no hubieran solicitado la protección internacional pertinente (§ 133, página 31 y 32)”¹⁶. Por tanto, el TEDH dictaminó que el principio de no devolución –conocido en inglés como el *non-refoulement principle*¹⁷– debe de tomarse en consideración en las operaciones de salvamento marítimo efectuadas por Estados europeos, independientemente de si las personas interceptadas desean o no quedar protegidas por los derechos que la regulación supranacional confiere. A continuación, el citado órgano judicial trató de esclarecer (a lo largo del párrafo 147 y siguientes de su decisión judicial) si existió además un peligro añadido para los demandantes devueltos a Libia. En definitiva, consideró necesario examinar si el controvertido acto de devolución significaba, a su vez, una repatriación arbitraria a Eritrea y Somalia. Finalmente, concluyó que en ambos países existía un riesgo real de que se cometieran abusos calificables de tortura, por lo que, a juicio del TEDH, Italia vulneró el artículo 3 del CEDH.

Asimismo, el comentado Tribunal dio la razón a los demandantes cuando estos esgrimieron que su expulsión conllevó una vulneración del artículo 4 del protocolo número 4 del CEDH. En este contexto, es de interés recalcar que el TEDH se pronunció a favor de la aplicación del citado precepto legal aun cuando los hechos objeto de examen judicial tuvieron lugar en alta mar¹⁸. Es decir, que aunque el incidente en cuestión no se

sur de la isla de Lampedusa, los ocupantes de las tres embarcaciones fueron interceptados por las autoridades italianas. Prácticamente a continuación, fueron trasladados a Trípoli sin ser debidamente identificadas. Asimismo, debe indicarse que su llegada a Libia no estuvo exenta de polémica, porque dos de los individuos que conformaban el grupo murieron y no se pudo saber exactamente qué les había ocurrido.

¹⁵ DE CASTRO, 2013, página 1127.

¹⁶ ARLETTAZ confirma la postura que en este asunto suscribe el TEDH: “(...) los Estados tienen la obligación de obtener información sobre el trato al que se exponen los migrantes que esos Estados devuelven”. ARLETTAZ, 2013.

¹⁷ A raíz del referido caso, el ámbito de aplicación del citado principio se amplía de forma considerable. Así lo considera SEUNGHWAN cuando afirma lo siguiente: *The Hirsi case is scrutinized as a case that, more than any other, has expanded the scope of application of the non-refoulement obligation even to the high seas in the context of the developing concept of jurisdiction in the ECHR*. SEUNGHWAN, 2017, página 51.

¹⁸ NASCIBENE, 2012, página 4.

produjo en el territorio de un Estado parte del CEDH, aquel consideró que la obligación contenida en la norma anteriormente citada debía tomarse en consideración por medio de una interpretación funcional y teleológica de la misma. Todo ello legitimó la aplicación extraterritorial del comentado artículo 4¹⁹. Finalmente, una vez comprobado que Italia no había evaluado la situación particular de cada uno de los demandantes, el TEDH dictaminó –como dijimos– que dicho precepto legal había sido también ignorado²⁰.

Es evidente que esta sentencia suscitó un gran interés en la medida en que el TEDH confirió prioridad a los derechos de los migrantes sobre cualquier otra consideración. Como era de esperar, la algarabía suscitada en torno a este caso se mantuvo a lo largo de los años mediante otros muchos asuntos hasta que la Gran Sala del TEDH emitió, el 13 de febrero del 2020, una nueva decisión judicial en relación con el caso *N. D y N. T. c. España*. Asimismo, realizaremos, en el apartado siguiente, un análisis detallado del reciente pronunciamiento judicial.

III. EL CONSERVADOR VIRAJE DEL TEDH EN EL ASUNTO *N.D Y N.T. C. ESPAÑA*

En el caso *N.D. y N.T. c. España* los demandantes invocaron el artículo 3 y 13 del CEDH como consecuencia de su inmediata devolución a Marruecos, así como el artículo 4 del Protocolo número 4 al considerar que habían sido objeto de una expulsión colectiva²¹. El 3 de octubre del 2017, el Tribunal de Estrasburgo dictó una primera sentencia en donde estipuló que España había violado los preceptos legales señalados, salvo el ilícito relativo a torturas. Posteriormente, el gobierno español formuló una petición con el objetivo de que el asunto fuera examinado por la Gran Sala del TEDH. Finalmente, cinco jueces accedieron a ello. Así pues, la Gran Sala emitió, el 13 de febrero de 2020, una sentencia que puso fin a la controversia en cuestión, dictaminando –contra todo

¹⁹ Esta cuestión es particularmente interesante, porque es la primera vez que se condena a un Estado basado en el precepto legal mencionado a pesar de que los hechos objeto de análisis no tuvieron lugar en su propio territorio. Así lo confirma ARLETTAZ, “(...) el Tribunal, por primera vez, admitió que el artículo 4 del protocolo 4 se aplica incluso a las acciones de entrega de los extranjeros a un tercer Estado llevadas a cabo fuera del territorio nacional”. ARLETTAZ, 2013.

²⁰ Esta idea quedó ya reflejada en el asunto *Čonka v. Bélgica* (número 51564/99), donde se dispuso que es fundamental advertir la existencia de garantías que evidencien que las circunstancias personales de los involucrados se han tenido en cuenta de manera genuina e individual (§ 64). A raíz de todo ello, CHETAİL afirma lo siguiente: (...) *the individual situation of every asylum seeker must be assessed at each stage of the process: during the refugee status determination procedure, and then, following a refusal of asylum request, when the expulsion decision is ordered and carried out*. CHETAİL, 2014, página 61.

²¹ Este asunto surge el 13 de agosto del 2014 cuando dos migrantes (uno de Mali y otro de Costa de Marfil) tratan de acceder, junto con un grupo de personas subsaharianas, a España por el puesto fronterizo de Melilla, el que se compone de tres vallas. Ambos consiguieron alcanzar la tercera valla y, tras permanecer encaramados a la misma durante largas horas, las autoridades españolas lograron bajarles con la ayuda de escaleras desplegables. A continuación, fueron trasladados a Marruecos junto con setenta y cinco individuos más. En este contexto, es de interés mencionar que no aplicaron procedimientos de identificación alguno.

pronóstico²²— que el Estado español no había conculcado ninguno de los preceptos legales anteriormente referidos.

A raíz de este asunto, debe indicarse que el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez acerca de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo número 4 en relación con el retorno inmediato y forzoso de extranjeros interceptados en la frontera terrestre de un Estado Parte. Teniendo en cuenta este dato, la Gran Sala vierte en un primer momento varias consideraciones con las que parece querer justificar el resultado final de su decisión; un resultado que a nuestro juicio condiciona de forma negativa las políticas migratorias de los Estados europeos de los próximos años. Asimismo, el citado órgano judicial, sabedor de todo lo anterior, hace hincapié en la siguiente idea: los países europeos en aras de proteger su territorio tienen la capacidad de desarrollar su propia política migratoria, siempre que se haga en consonancia con las obligaciones internacionales que han asumido. Y esta última aseveración debe conjugarse con otra premisa clave: los países que conforman la frontera exterior de la Unión Europea juegan un papel fundamental al tener que lidiar con desplazamientos migratorios recurrentes.

Tras esta especie de alegato inicial, la Gran Sala entró de lleno en el fondo del asunto y se planteó si efectivamente el artículo 4 del Protocolo número 4 era aplicable al caso²³. Para valorar el alcance aplicativo de la referida norma, el órgano judicial decidió tomar como referencia los informes elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (de ahora en adelante: CDI), así como las declaraciones vertidas por uno de sus miembros, Maurice Kamto, y concluyó (en el párrafo 181 de la sentencia) que la no admisión de una persona al territorio de un Estado debía equipararse con su devolución. Consecuentemente, la Gran Sala dictaminó que los demandantes fueron efectivamente expulsados de España. Siguiendo la estela de casos anteriores, esta consideró —como ya fue plasmado en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*— que el comentado precepto no presentaba necesariamente una dimensión territorial.

Posteriormente, la Gran Sala tuvo que dar un paso más y plantearse si los solicitantes fueron objeto de una expulsión colectiva. En este peculiar contexto, se propuso averiguar no solo si estos fueron debidamente identificados por las autoridades españolas, sino que quiso determinar si tuvieron además posibilidad de reaccionar ante la decisión de su expulsión (así se puso de relieve en el párrafo 191 de la decisión judicial objeto de análisis). Apreciamos, en este punto, un razonamiento diferente respecto de lo estipulado en casos anteriores en donde se entendió vulnerado el citado artículo 4 al comprobar el TEDH que las expulsiones no eran el resultado de un examen razonable y objetivo de la

²² Mucha era la expectativa generada en torno a la decisión final de este caso. De hecho, a la espera de que esta fuera emitida, SOLER GARCÍA, indicó lo siguiente: “cabe esperar que el pronunciamiento de la Gran Sala contribuya a consolidar la jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas en general, y más en concreto, en relación a [sic] las ‘devoluciones en caliente’ (...) Lo importante es que la Gran Sala reafirme que las actuaciones de las autoridades españolas en el triple vallado suponen una aplicación del criterio del control efectivo, lo que lleva consigo la aplicación del Convenio”. SOLER GARCÍA, 2018, página 149.

²³ En el párrafo 128 de la comentada sentencia se confirma que, en este caso, el artículo 3 del CEDH no es objeto de examen judicial.

situación particular en la que se encontraban los migrantes. De acuerdo con la jurisprudencia del momento, ello bastaba para determinar la ilegalidad de la conducta estatal. Así quedó dispuesto en, *inter alia*, los asuntos *Sultani c. Francia* y *Čonka c. Bélgica*²⁴. Cuesta, pues, trabajo comprender que se descartara de manera tan superficial la vulneración del comentado precepto legal en el caso que aquí nos ocupa debido a la ausencia del examen individual relativo a la situación de los demandantes. Conviene destacar que en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, la expulsión colectiva de los migrantes había tenido lugar tras considerar el TEDH que el personal militar italiano que los interceptó no era el competente para realizar la comentada valoración²⁵. Sorprende, por tanto, averiguar lo irrelevante que es esta cuestión en el recientemente resuelto proceso judicial, máxime tras la ingente cantidad de jurisprudencia emitida en este sentido.

Asimismo, la Gran Sala continuó su argumentación y añadió que, con motivo del asunto *Kblaifia y otros c. Italia*, era fundamental comprobar la verdadera razón que impidió a los solicitantes su entrada a España. En este contexto, el mencionado órgano judicial subrayó (en el párrafo 212) que, si bien los demandantes no fueron debidamente identificados, estos pudieron haberse acogido a los procedimientos de protección previstos tanto en la regulación doméstica española como en la normativa internacional. Ello representa un claro cambio de paradigma respecto de lo dictaminado en otros asuntos en la medida en que la máxima instancia judicial ubicada en Estrasburgo centró gran parte de su argumentación en afirmar que los demandantes no se plantearon la posibilidad de acceder a territorio español por medio de los cauces legalmente establecidos. Descartó, además, en el párrafo 218 y siguientes, el alegato plasmado por aquellos consistente en afirmar que para las personas procedentes del África subsahariana era imposible cruzar por el puesto fronterizo de Beni Enzar.

Producto de todo lo anterior, la Gran Sala sostuvo que la entrada irregular de los solicitantes eximía a España de toda responsabilidad. Este nuevo enfoque aleja al TEDH de las decisiones judiciales emitidas en el pasado. A este respecto, debemos subrayar la enorme distancia que existe entre este caso y, por ejemplo, el asunto *Georgia c. Rusia* en donde se indicó que el comentado artículo 4 podía tomarse en consideración independientemente de si los individuos en cuestión se encontraban o no en una situación de irregularidad. En definitiva, del proceso judicial mencionado se dedujo que era del todo irrelevante la conducta en la que aquellos hubieron incurrido. Sin embargo, ahora, para determinar la violación del comentado artículo es fundamental averiguar de qué modo actúan, en este caso, los solicitantes. Así pues, no parece que sea relevante analizar el

²⁴ Otra cuestión relacionada con la idea expuesta en el cuerpo principal del texto es la relativa a la existencia de decisiones similares que decretan la expulsión de individuos. En el caso *Andric c. Suecia*, el TEDH argumentó que ello no constituía una expulsión colectiva, siempre que la valoración y análisis de la situación hubiera sido realizada.

²⁵ De manera muy similar, en los asuntos *Shioshvili y otros c. Rusia* y *Berdzenisvili y otros c. Rusia*, el examen individual de los migrantes, así como el derecho de acceso a un recurso, fueron argumentos claves para el TEDH.

alcance de las actuaciones del Estado europeo en cuestión²⁶. A nuestro modo de ver, no tiene ningún sentido supeditar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado a si la conducta de los demandantes es o no la adecuada. Sin duda, apreciamos diferencias argumentales claras respecto de lo dispuesto en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, así como en los otros casos surgidos en el intervalo de tiempo existente entre este (e incluso antes de que el mencionado caso fuera resuelto) y el que está siendo objeto de estudio.

Finalmente, la Gran Sala examinó si efectivamente el Estado demandado había vulnerado el artículo 13 del CEDH. Y, de forma muy similar a lo ya expuesto, indicó que fueron los solicitantes los que voluntariamente se habían colocado fuera de la legalidad al cruzar la frontera sin acogerse a los procedimientos legales pertinentes. Sin duda, los últimos párrafos de esta sentencia ponen de relieve que la prioridad de Europa es contener los movimientos migratorios, independientemente de que ello socave los derechos de los migrantes²⁷. Esta decisión judicial es, en nuestra opinión, una oportunidad perdida para reafirmar el contenido de otras decisiones judiciales vertidas en el pasado.

1. *Incógnitas sin despejar en el asunto N.D y N.T. c. España*

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, debemos indicar que la decisión judicial dictada en el 2020 ha causado no solo un innegable revuelo, sino que además ha generado numerosas incógnitas. Como ya fue apuntado previamente, una de ellas se encuentra relacionada con la alegación plasmada en su día acerca de la imposibilidad o dificultad para aquellas personas que proceden del África subsahariana de acercarse al puesto fronterizo de Beni Enzar²⁸. Esta espinosa cuestión ha llevado a algunos autores a afirmar que en el citado puesto fronterizo se impide el acceso de migrantes como consecuencia de su categorización racial²⁹. Ello, no obstante, parece no ser de mucho interés para la Gran Sala en la medida en que apenas le dedica atención; es más, afirma que los denunciantes pudieron haber accedido a territorio español mediante los cauces legalmente previstos si así lo hubieran querido³⁰.

²⁶ A este respecto, HAKIKI afirma lo siguiente: *notably it is neither "access to legal entry" nor "means of legal entry" which are considered, but a doubled up version of the two. This announces the diluted nature of the requirement.* HAKIKI, 2020.

²⁷ Como consecuencia de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, RAIMONDO proclama lo siguiente: *This decision sets a dangerous precedent in many respects. First, return decisions taken exclusively on the basis of irregular entry and in the absence of any consideration for the principle of non-refoulement or to the conditions in the country of return, are at variance with the non-penalisation principle embodied by Article 31 of the Refugee Convention* (RAIMONDO; 2020).

²⁸ *Vid. Supra.* Página 10.

²⁹ CARRERA; 2020; página 11.

³⁰ La opinión vertida por la Gran Sala no nos convence. Algo similar le ocurre a CARRERA cuando afirma lo siguiente: *First, the lack of available legal mechanisms for Sub-Saharan African nationals to enter regularly into Spanish territory; second, the disproportionate degree of force and violence used by Spanish authorities in the border fences; and third, the unsafety and racialized violence suffered by those expelled to Morocco* (CARRERA; 2020; 11). Estas aseveraciones tomadas de informes elaborados por, *inter alia*, la Agencia de las Naciones Unidas para

En cualquier caso, atendiendo al segundo objetivo del presente estudio, la cuestión que atrae poderosamente nuestra atención es la relativa al *modus operandi* del Estado español, el que fundamentalmente se limita a informar a las autoridades marroquíes de la existencia de movimientos en la valla de Melilla. En otras palabras, las autoridades competentes han decidido trasladar al país vecino gran parte de su responsabilidad a la hora de controlar a los migrantes en su intento de cruzar la frontera con el propósito, presumiblemente, de evitar un conflicto entre sus derechos y las obligaciones que asume España al suscribir el CEDH. En definitiva, todo apunta a que el citado país ha optado por no confrontar este tipo de controvertidas situaciones, debido a las implicaciones legales que en un momento dado pudieran surgir. No obstante, esta manera de proceder puede tener una gran repercusión a la luz de lo dispuesto en la regulación internacional.

Consecuentemente, debemos señalar la importancia del caso *S.S. y otros c. Italia* donde los demandantes afirman que el país transalpino ha optado por no actuar y, al mismo tiempo, informar a las autoridades libias de la existencia de embarcaciones que “amenazan” con llegar a su territorio. A raíz de todo ello, los denunciados han puesto de relieve que es posible sostener su responsabilidad internacional. Sin duda, hay evidentes similitudes en los argumentos vertidos por las partes demandantes en ambos casos. Veamos, por tanto, en el apartado siguiente, más detalles acerca del asunto que involucra de nuevo a Italia.

IV. UN ANÁLISIS DEL IRRESUELTO ASUNTO *S.S. Y OTROS C. ITALIA*

Como ya fue comentado en el punto anterior, resulta de interés focalizar nuestra atención en el caso *S.S. y otros c. Italia*. Los hechos que atañen a este asunto arrancan en el momento en el que un grupo de unas ciento cincuenta personas decide partir, el 6 de noviembre de 2017, en un buque desde Libia con el objetivo de alcanzar suelo europeo. Conscientes de la situación de peligro en la que se encontraba su bote durante la travesía, varios mensajes de socorro fueron enviados. Estos, conviene aclarar, fueron interceptados por tres embarcaciones: el *Sea Watch 3*, un buque militar francés y uno libio, el *Ras Jadir* (encargado de monitorizar la costa de su país). En este punto de la explicación, conviene indicar que el último de los navíos citado no quiso realmente promover maniobra de rescate alguna. Es más, como consecuencia de su negligente actuación, el resultado de la operación fue nefasto, porque hubo heridos e, incluso, muertos³¹. Y, para

el Refugiado muestran la violencia y el maltrato infligido por las autoridades españolas en la frontera con Marruecos. Ello nos hace dudar del argumento que plasma la Gran Sala cuando afirma que los demandantes debieron haberse acogido a los procedimientos legales de entrada.

³¹ Según las declaraciones de los diecisiete supervivientes, el *Ras Jadir* provocó un fuerte movimiento de agua que provocó la muerte de unas veinte personas. Además, dicha embarcación torpedeó, en buena medida, las operaciones de rescate que otros navíos estaban intentando llevar a cabo. Para ello, lanzó objetos y amenazó a los migrantes con cuerdas y armas. Asimismo, no entregó chalecos salvavidas a aquellas personas que se encontraban en el agua.

tener una adecuada composición de lugar acerca de lo que sucedió durante la referida operación de salvamento, es preciso indicar que hubo un helicóptero italiano que lo visualizó todo.

Al hilo de lo previamente expuesto hay que mencionar que los demandantes –quince de los cuales fueron rescatados por la embarcación *Sea Watch 3* y, posteriormente, trasladados a Italia– manifestaron que las autoridades transalpinas no ofrecieron la protección oportuna ante las lesivas actuaciones llevadas a cabo por el *Ras Jadir*. De hecho, una parte de la argumentación de los denunciados se articula sobre la siguiente idea: Italia fue quien informó a la Guardia Costera libia del avistamiento del bote cargado de migrantes con el propósito de que interviniera en la polémica operación de rescate³². Consecuentemente, estos consideran que Italia ha infringido el artículo 2 y 3 del CEDH, así como el artículo 4 del Protocolo número 4. Asimismo, seis solicitantes hacen hincapié en que los miembros que conformaban la tripulación de la embarcación libia infringió no solo malos tratos, sino que además profirió toda clase de amenazas como, por ejemplo, la de devolverlos a Libia a pesar de que ello pudiera acarrear un nuevo traslado a sus correspondientes lugares de origen³³.

No hay duda de que existen profundas similitudes entre este caso y el anterior que atañe a España en la medida en el que el modo de proceder de las autoridades correspondientes ha consistido en básicamente delegar parte de sus actuaciones en favor de un tercer Estado con el objetivo de contener recurrentes desplazamientos migratorios. Además, es evidente que hay una gran expectación en torno a este asunto, el que se encuentra pendiente de resolución. Quizá el TEDH decida desmarcarse de la resolución judicial emitida en el 2020 o, por el contrario, opte por mantener el cambio de rumbo recientemente emprendido. En cualquier caso, nuestra intención es determinar a continuación el camino que el citado órgano judicial debería tomar a la luz de lo dispuesto en los preceptos legales supranacionales.

1. ¿Es Italia internacionalmente responsable?

Centrándonos en el segundo objetivo del presente estudio, tenemos que focalizar nuestro análisis en determinar si Italia es responsable de los sucesos acontecidos en noviembre del 2017 de acuerdo con lo previsto por la normativa internacional. Para proporcionar una respuesta apropiada debemos, en un primer momento, prestar atención a la argumentación vertida por la parte demandante consistente en afirmar que el Estado transalpino se limitó a informar a la Guardia Costera libia del avistamiento de un buque en el que se encontraban los solicitantes. Esta forma de proceder encaja con la idea de que Italia, ante la posibilidad de vulnerar la regulación internacionalmente suscrita,

³² En este contexto, debe apuntarse que Italia donó cuatro embarcaciones a la Guardia Costera libia, una de las cuales era el *Ras Jadir*.

³³ De acuerdo con lo mencionado en el cuerpo principal del texto, debe indicarse que dos miembros del grupo en cuestión fueron trasladados a Nigeria. Ello, a tenor de los demandantes, implica la vulneración del artículo 3 y 4 del Protocolo número 4.

“transfirió” (o, al menos, eso pretendía) su responsabilidad a las autoridades libias con la intención de que fueran estas quienes lidiaran con la situación en cuestión³⁴. A raíz de esta alegación, nos surge el siguiente interrogante: ¿puede plantearse la responsabilidad internacional de Italia ante esta peculiar dejación de funciones?

De acuerdo con la cuestión planteada en el párrafo anterior, es fundamental traer a colación el primer artículo del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos del 2002, el que dispone que la perpetración por parte de un Estado de un hecho internacionalmente ilícito genera la responsabilidad internacional pertinente. Antes de plasmar más ideas en torno a esta cuestión, conviene dejar claro que dicho instrumento no constituye un tratado internacional vinculante para los Estados. No obstante, debemos dejar a un lado la perspectiva clásica del Derecho Internacional donde la responsabilidad de un Estado surge cuando se incumplen obligaciones suscritas por medio de la articulación del consentimiento pertinente en la medida en que “(...) dicha concepción ha ido perdiendo legitimidad ante la conciencia de los Estados sobre la importancia de armonizar sus intereses comunes, siendo las Naciones Unidas el instrumento que refleja dicha actitud”³⁵. Esta idea la confirma CRAWFORD cuando aduce que una resolución por parte de la Asamblea General proporciona un mayor grado de credibilidad que la adopción de un tratado³⁶. Sobre esta controvertida cuestión, el mencionado autor afirma que: *the Vienna Convention on the Law of Treaties, which on almost every occasion where it has been applied by international courts has been applied as customary international law and not by reason of its being a treaty*³⁷. Todo parece indicar que la ausencia de un tratado no debe ser motivo suficiente para desacreditar la relevancia, en este caso, del texto adoptado en el 2002³⁸. No compartimos, pues, la posición doctrinal de aquellos autores que restan importancia a este por el mero hecho de que no ha culminado en la adopción de la correspondiente convención³⁹.

Continuando con nuestro análisis, debemos señalar que a tenor del documento en cuestión es fundamental advertir la comisión de un hecho contrario a la legalidad internacional. Asimismo, es preciso observar el cumplimiento de otros requisitos

³⁴ Se advierte al lector que el presente estudio no abarca un análisis detallado acerca de todas y cada una de las alegaciones plasmadas por los solicitantes. Nos ceñiremos, pues, a determinar únicamente si la actuación del Estado italiano descrita en el cuerpo principal del texto da lugar o no a la responsabilidad internacional correspondiente.

³⁵ CÁCEDA DÍAZ, 2008, página 260.

³⁶ CRAWFORD, 2002, página 889.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Según CARON, la existencia de un tratado podría tener efectos negativos dada la rigidez que esta figura jurídica conlleva. CARON, 2002, página 860. Además, según el mencionado autor: *The ILC articles represent (at best) a restatement of the customary international law of the secondary principles of state responsibility*. CARON, 2002, página 872. Asimismo: CRAWFORD, 2002, página 890. En cualquier caso, conviene señalar que el presente estudio no tiene por objeto procurar un análisis detallado acerca de esta cuestión. No obstante, entendemos que es de interés aclarar el impacto que los mencionados documentos tienen.

³⁹ Así quedó estipulado en la exposición de motivos del Proyecto de Artículos del 2002 donde se abogó por la adopción, a futuro, de una convención.

adicionales. En este sentido, el segundo precepto legal es particularmente interesante, porque señala los elementos que deben concurrir en una determinada situación para afirmar que estamos ante un acto internacionalmente ilícito: debe, por un lado, advertirse la existencia de un acto u omisión atribuible a un Estado de acuerdo con el Derecho Internacional y, por otro lado, que ello se traduzca en la violación de una obligación internacional⁴⁰.

Al hilo de lo expuesto, hay que recalcar que los demandantes consideran que Italia ha vulnerado los artículos 2 y 3 del CEDH, así como el artículo 4 del Protocolo número 4. Para concluir si efectivamente los indicados preceptos legales supranacionales han sido ignorados por el mencionado país es fundamental, desde nuestro punto de vista, analizar qué implicaciones tiene la no actuación del Estado italiano. En este punto de la explicación debemos recordar que Italia decidió no intervenir en la operación de rescate previamente descrita.

Asimismo, para saber con mayor certeza si Italia es o no responsable, resulta de interés examinar los Comentarios que vierte la CDI en torno al citado Proyecto de Artículos. Estos son de gran utilidad en la medida en que destacan que para advertir la existencia de una omisión ilícita es esencial averiguar si el Estado italiano sabía (o debía haber sabido) qué sucedería al decidir no intervenir en los hechos objeto de análisis⁴¹. Y, sin duda, a la luz del contenido de numerosa documentación es evidente que Italia era plenamente consciente (o debía haberlo sido) de los riesgos y las complicaciones que surgen cuando Libia se involucra de una situación que afecta, especialmente, a la interceptación de un buque cargado de migrantes⁴². De hecho, el país transalpino visualizó la operación desde el aire. Sin duda, este último dato ahonda en la idea de que Italia sabía no solo lo que podía pasar en el caso de que Libia lidiara con la operación de rescate, sino que *de facto* sabía lo que estaba ocurriendo al ser testigo desde el aire del *modus operandi* empleado por el Estado libio⁴³. Todo ello incide en la idea de que Italia habría vulnerado al menos el artículo 4 del Protocolo número 4, siendo del todo irrelevante que los hechos objeto de

⁴⁰ En torno a este artículo se ha generado cierta controversia en la medida en que algunos autores sostienen que debió haberse incluido el daño como un tercer elemento. ÁVALOS VÁZQUEZ, 2006, página 586.

⁴¹ Véase la página 35 de los Comentarios que vierte la CDI en torno al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

⁴² De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, debemos indicar que de conformidad con las sentencias emitidas en el pasado por el propio TEDH, Libia no se ha implicado en los últimos años en la protección de los derechos humanos de los migrantes. El citado órgano judicial valiéndose de informes emitidos por órganos internacionales y organizaciones no gubernamentales, manifestó que "(...) el compromiso del Estado libio para con la regulación en materia de derechos humanos era nulo, al margen de que hubiera ratificado numerosa normativa internacional al respecto". HELLMAN MORENO, 2020, página 407. Así quedó reflejado en, por ejemplo, el comentado asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.

⁴³ En este sentido, la CDI en sus Comentarios al Proyecto de Artículos del 2002 incide en el *caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* que indica lo siguiente: "(...) *the responsibility of the Islamic Republic of Iran was entailed by the "inaction" of its authorities which "failed to take appropriate steps", in circumstances where such steps were evidently called for* (página 35). Así, parece que podría argumentarse que Italia debió haber tomado las medidas pertinentes para evitar la situación que finalmente tuvo lugar en noviembre del 2017.

examen judicial tuvieran lugar en el mar. Así quedó claramente dispuesto en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Se aprecia, por tanto, que la omisión atribuible al Estado italiano⁴⁴ conllevó la vulneración de normas internacionales (en este caso las suscritas en el CEDH)⁴⁵. Consecuentemente, parece que Italia cumple con los requisitos que menciona el artículo 2 del comentado Proyecto de Artículos.

Y, por si lo anterior no fuera poco relevante, es importante no perder de vista, a su vez, el contenido del artículo 16 insertado en el referido documento del 2002, el que establece que un Estado es responsable si presta ayuda o asistencia a otro en la perpetración de un acto ilegal. En este caso, debemos subrayar que Italia ha donado embarcaciones a Libia, permitiendo a las autoridades de dicho país participar en las consiguientes operaciones de rescate⁴⁶. Es más, debe indicarse que la asistencia de Italia a Libia no se circunscribe a lo anteriormente comentado, porque hay otras evidencias que apuntan a que el país italiano ha facilitado otro tipo de “ayuda”⁴⁷. Esta forma de proceder encaja con los Comentarios realizados por la propia CDI en la medida en que indican que la responsabilidad de un Estado podrá advertirse si, por ejemplo, proporciona la financiación pertinente o presta un servicio que conlleva la realización de una conducta delictiva por parte de ese otro Estado. Así pues, en el caso objeto de análisis, parece sencillo argumentar que la actuación del país italiano resulta clave a la hora de promover la desafortunada intervención de Libia en las operaciones de rescate que tienen lugar en el mar Mediterráneo.

En cualquier caso, tras una lectura en detalle de los citados Comentarios se advierte que son tres los elementos que deben darse para correctamente aplicar el referido artículo 16. Consecuentemente, en un primer momento, es fundamental apreciar que el país que asiste conoce las circunstancias que rodean al Estado asistido y, por tanto, es consciente del modo en el que va a emplear la ayuda recibida. Esta condición es fácilmente identificable en este caso, ya que hemos puesto de relieve que el Estado italiano sabía desde hace años que en Libia el cumplimiento de la normativa relativa a los derechos

⁴⁴ Conviene aclarar que de acuerdo con los Comentarios efectuados por la CDI al Proyecto de Artículos del 2002, la atribución de una conducta ilícita se atribuye a un Estado en términos generales: (...) *the reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense. It is not limited to the organs of the central government, to officials at a high level or to persons with responsibility for the external relations of the State. It extends to organs of government of what-ever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level. No distinction is made for this purpose between legislative, executive or judicial organs* (página 40).

⁴⁵ A este respecto, el artículo 12 indica lo siguiente: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

⁴⁶ En este sentido, debe traerse a colación lo dispuesto por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 2019: (...) *it has been observed that Italy has provided important equipment, including several coast guard vessels, to enable the Libyan Coast Guard to operate more effectively at sea*. Documento disponible a continuación: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/nov/coe-party-iIntervention-SS-and-others-v-%20Italy.pdf>

⁴⁷ *Ibidem*. Párrafos 20 y siguientes.

humanos no constituía ni mucho menos una prioridad⁴⁸. Además, es crucial que dicha ayuda promueva la comisión de un acto ilegal. En este sentido, cobra interés el hecho de que, *inter alia*, Italia ha facilitado buques con capacidad para participar en controvertidas operaciones de rescate. Se aprecia, por tanto, un punto de unión claro entre la entrega de navíos y la utilización de estos para cometer actos delictivos. En cualquier caso, acerca de esta cuestión la CDI, en la página 66 de sus Comentarios, matiza lo siguiente: *There is no requirement that the aid or assistance should have been essential to the performance of the internationally wrongful act; it is sufficient if it contributed significantly to that act*. A la vista de lo dispuesto por esta y a la luz de las circunstancias que rodean al presente asunto, podemos decir que claramente la segunda condición se ve plenamente satisfecha. Y, por último, se le debería poder achacar al Estado que presta ayuda el incumplimiento de una obligación internacional en el supuesto de que hubiera decidido actuar del mismo modo que el Estado asistido. Es evidente que, si el Estado italiano hubiera replicado la conducta del Estado libio, se le habría atribuido la violación directa de las normas internacionales anteriormente señaladas. Consecuentemente, la norma objeto de análisis es perfectamente aplicable al caso⁴⁹.

Así pues, no cabe duda de que Italia es internacionalmente responsable de los ilícitos que tuvieron lugar en noviembre del 2017 en virtud de lo dispuesto en el Proyecto de Artículos del 2002, así como en relación con los Comentarios vertidos en torno a este⁵⁰. Habrá que estar, pues, pendiente de la resolución de este caso en la medida en que si el TEDH decide apoyarse en el contenido de los citados textos habrá posibilidad de revertir el rumbo ya iniciado con la sentencia *N.D. y N.T. c. España* donde los intereses de los Estados europeos constituyen la prioridad más absoluta. Si ello no sucediera, parece que será difícil modificar el camino recientemente emprendido por el citado órgano judicial.

⁴⁸ Así lo plasma también el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: *The Commissioner observes that there have been consistent reports, by UN bodies and NGOs, of the fact that migrants returned to Libya are routinely deprived of their liberty, arbitrarily and indefinitely, in Libya's detention centres, where they are subjected to torture or inhuman or degrading treatment, faced with other abuse, including rape, and sometimes sold into slavery. The Commissioner also notes that information about this situation in Libya has been widely available for a considerable period of time. Vid. Supra. Nota 56.*

⁴⁹ De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, es importante traer a colación lo que indica la CDI en la página 66: *Under article 16, aid or assistance by the assisting State is not to be confused with the responsibility of the acting State. In such a case, the assisting State will only be responsible to the extent that its own conduct has caused or contributed to the internationally wrongful act. Thus, in cases where that internationally wrongful act would clearly have occurred in any event, the responsibility of the assisting State will not extend to compensating for the act itself.*

⁵⁰ En este contexto, conviene señalar de nuevo que ambos documentos no han dado lugar a la adopción del tratado correspondiente. No obstante, como ya se comentó, algunos autores entienden que el trabajo efectuado por la CDI es el resultado de un proceso consuetudinario que debe ser tomado en consideración por los Estados.

2. *¿Se puede establecer una analogía entre los asuntos N.D y N.T. c. España y S.S. y otros c. Italia?*

Hemos visto, en el apartado anterior, que a la luz de los hechos que conforman el caso *S.S. y otros c. Italia* y de acuerdo con el Proyecto de Artículos del 2002, el Estado italiano sería internacionalmente responsable. Asimismo, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿podría establecerse una analogía entre este y el asunto *N. D y N. T. c. España*? O, dicho de otro modo, ¿se observan similitudes en la forma que tienen Italia y España de afrontar la llegada de migrantes que pudiera dar lugar a la responsabilidad internacional de este último? Sin duda, es interesante resolver esta incógnita porque, en el caso de apreciar contundentes paralelismos, podríamos sostener que la conducta de España debió haber sido examinada en su momento con mayor profundidad por parte del TEDH⁵¹.

Así pues, prestaremos a continuación especial atención a la argumentación que plasmaron los demandantes en el asunto *N. D y N. T. c. España* relativa al modo de proceder del Estado español que, desde su punto de vista, no fue el correcto. Concretamente, estos afirmaron que las autoridades españolas se limitaron a informar a las marroquíes de los movimientos que tenían lugar en la valla de Melilla con el objetivo de que fuera Marruecos quien se implicará y evitará la entrada de migrantes a territorio español. Seguramente España consideró que, al no intervenir, el CEDH no era objeto de aplicación. Independientemente de si esta cuestión es cierta o no, es evidente que las políticas domésticas del Estado italiano y del español son similares, porque en este desafiante ámbito han optado por “delegar” gran parte de sus funciones en favor de un tercer Estado que, positivamente para ellos, no se encuentra sometido al cumplimiento del citado Convenio.

En cualquier caso, debemos tomar de nuevo en consideración la aplicación del citado artículo 2 del Proyecto de Artículos del 2002, el que enumera las condiciones que deben darse para que un Estado sea responsable. En este contexto, es crucial subrayar que la posible violación de la normativa internacional atribuible al Estado español debe articularse sobre la base de una omisión. Y, llegados a este punto, es importante averiguar si esta presenta una naturaleza ilícita. Para determinar esta particular cuestión, es esencial examinar si España sabía (o debía haber sabido) lo que sucedería al no actuar y, por tanto, al no implicarse en los hechos que conforman el caso. En este sentido, resulta evidente que al impedir Marruecos el acceso de los solicitantes a territorio español se les denegaba la posibilidad de acogerse al sistema de protección internacional. Cabría, por tanto, argumentar que indirectamente España conculcó el artículo 4 del Protocolo número 4. Sin embargo, la Gran Sala descartó por completo esta aproximación. Es más, esta mantuvo que el incumplimiento del citado artículo y la consiguiente imposibilidad de solicitar asilo se plasmó por parte de los migrantes de manera tardía (desde el punto de vista procesal). Y, asimismo, subrayó en los párrafos 220 y 221 de su decisión que

⁵¹ La alegación plasmada en el cuerpo principal del texto pasó prácticamente inadvertida por el TEDH cuando examinó los hechos que rodearon al caso en cuestión.

estos no incidieron en la idea de que la responsabilidad de todo ello fuera atribuible al Estado español.

Respecto de lo anterior, debe indicarse que hay sectores doctrinales que no comparan la postura mantenida por el Tribunal de Estrasburgo⁵², independientemente de que en Marruecos la falta de compromiso para con la normativa internacional en materia de derechos humanos no es ni mucho menos comparable con la del Estado libio, el que se caracteriza por abiertamente despreciarla⁵³. En definitiva, algunos autores van más allá y establecen una relación entre los dos casos aquí descritos. Así, MARKARD afirma que la responsabilidad de España podría observarse si el TEDH admitiera la jurisdicción del Estado italiano en el todavía irresuelto caso, debido a las similitudes existentes entre ambos asuntos⁵⁴. Consecuentemente, si el tribunal ubicado en Estrasburgo discurriera del modo indicado, se podría sostener un cambio de paradigma respecto de lo dispuesto en el caso *N. D y N. T. c. España*. Desde luego, si ello sucediera se pondría en tela de juicio el *modus operandi* actual empleado por la Guardia Civil en la valla de Melilla⁵⁵. En este sentido, debemos recalcar que la *praxis* del Estado español es sumamente controvertida, ya que en virtud de acontecimientos recientes acaecidos fundamentalmente en Ceuta es posible concluir que las autoridades españolas proceden a la expulsión prácticamente inmediata de personas migrantes que ingresan de forma irregular⁵⁶. No hay duda, pues, de la expectación que se está generando en torno al asunto que tiene como propósito enjuiciar la postura del Estado italiano ante los desplazamientos migratorios que tienen lugar cerca de su costa.

V. CONCLUSIONES

A la luz de lo explicado en apartados anteriores, resulta sencillo comprender el impacto que tuvo el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, así como aquellos otros que siguieron su estela. Es evidente que la sentencia dictada recientemente con motivo del asunto *N.D. y N.T. c. España* confirma muchas de las consideraciones vertidas en anteriores procesos judiciales. No obstante, queda claro que la mencionada decisión judicial ofrece

⁵² Además, las declaraciones vertidas por CARRERA cobran gran interés: *Whenever EU Member States expulsion policies fall within the scope of EU law, they are subject to portable responsibility and portable justice under the EU Charter of Fundamental Rights*. CARRERA, 2020, página 8.

⁵³ Ello nos lleva a pensar que los demás artículos esgrimidos por los solicitantes no serían aplicables.

⁵⁴ MARKARD, 2020.

⁵⁵ Siendo conscientes de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, conviene subrayar que en este caso no es posible traer a colación el artículo 16 contenido en el Proyecto de Artículos del 2002 en la medida en que no hay pruebas de que España haya asistido a Marruecos en la perpetración de actos ilícitos mediante financiación o facilitación de algún tipo de soporte de carácter técnico, logístico, etc. Así pues, de acuerdo con las evidencias obtenidas hasta la fecha, parece que la relación de “colaboración” entre Italia y Libia no es comparable a la de España con Marruecos.

⁵⁶ Información disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-18/el-gobierno-responde-a-la-crisis-migratoria-con-expulsiones-en-caliente-con-el-aval-del-constitucional.html>

una visión nueva en relación con las devoluciones de personas procedentes de terceros países. Desde nuestro punto de vista, el Tribunal de Estrasburgo se inclina ahora por proteger en términos prácticamente absolutos los intereses estatales. Consecuentemente, la Gran Sala se desmarca de decisiones judiciales pasadas al centrar gran parte de su argumentación en “reprochar” que la conducta de los demandantes no fue la adecuada y al incidir en la idea de que España habilitó los cauces oportunos de acceso a su territorio; todo ello le llevó a esta a dictaminar que dicho país no había vulnerado el CEDH. En nuestra opinión, ambos argumentos no solo son poco rigurosos y de dudosa credibilidad, sino que promueven *inter alia* un debate ético de envergadura⁵⁷.

Por tanto, tras el análisis de la sentencia emitida el pasado año, parece que los países europeos en su objetivo de controlar fronteras se encuentran capacitados para impedir la entrada de individuos procedentes de terceros países, aunque ello se haga en detrimento de la normativa supranacional. En definitiva, la gran expectativa que se había generado en torno a este asunto acerca de la posibilidad de que el órgano judicial europeo avalase con rotundidad y contundencia los derechos de los migrantes se vio seriamente truncada en febrero del 2020.

Siendo conscientes del complejo horizonte que tímidamente asoma, hay que traer a colación el enorme interés que está suscitando el todavía irresuelto caso *S.S. y otros c. Italia*. Como ya dijimos, si se admitiera la jurisdicción italiana, el TEDH tendría posibilidad de referirse a la política migratoria del Estado transalpino y dictaminar quizá su responsabilidad internacional. Ello, sin duda, podría extrapolarse a España debido a que el *modus operandi* de ambos países a la hora de contener flujos migratorios es muy similar.

En cualquier caso, no debemos olvidar una cuestión esencial: el marcado rumbo emprendido por el órgano judicial europeo en donde los derechos de los migrantes no constituyen su principal preocupación. Todo indica, pues, que debemos ser extremadamente cautos en torno a las valoraciones que a este respecto se puedan plasmar, ya que si el TEDH sigue decantándose por desatender los derechos de los migrantes, es posible que incida en argumentos no relacionados con los aquí expuestos, a pesar de que conforme con la regulación internacional a algunos países europeos se les puede atribuir, principalmente, omisiones ilícitas que redunden en su responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARLETTAZ, Fernando, 2013: “Expulsión colectiva de extranjeros en la jurisprudencia del TEDH: Comentario a *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*”, *Observatorio PSyD*. Disponible en <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/expulsion-colectiva-de-extranjeros->

⁵⁷ En este sentido, cobra interés lo que plasmó, en su voto concurrente, el juez Pinto de Albuquerque en el caso *M.A. y otros c. Lituania: To allow people to be rejected at land borders and returned without assessing their individual claims amounts to treating them like animals. Migrants are not cattle that can be driven away like this.*

- en-la-jurisprudencia-del-tedh-comentario-a-hirsi-jamaa-y-otros-v-italia-gran-sala-req-27765-09-23-02-2012.html [Fecha de consulta: 16.3.21]
- ÁVALOS VÁZQUEZ, Jesús, 2006: "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado. ¿Más de cuarenta años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?", *AMDI*, VI.
- ARANGO, Joaquín, 2003: "Inmigración y diversidad", *Revista de Occidente*, n° 268.
- BUFALINI, Alessandro, 2019: "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its contribution to International Migration Law?", *QUIL*. Disponible en <http://www.qil-qdi.org/the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration-what-is-its-contribution-to-international-migration-law/> [Fecha de consulta: 16.3.21]
- CÁCEDA DÍAZ, Joel, 2008: "La responsabilidad de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos", *PUCP*, n° 61, pp. 249-272.
- CARON, David, 2002: "The ILC Articles on State responsibility: the paradoxical relationship between form and authority, pp. 857-873.
- CRAWFORD, James, 2002: "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *The American Journal of International Law*, Vol. 96, n° 4, pp. 874-889.
- CARRERA, Sergio, 2020: "The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Papers*. Disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66629/RSCAS%202020_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 16.3.21]
- CHETAIL, Vincent, 2014: "Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law", en Ruth Rubio-Marín (editor), *Human Rights and Immigration*, Reino Unido, Oxford University Press, pp. 19-72.
- DE CASTRO SANCHEZ, Claribel, 2012: "TEDH -sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Hamma e.a. c. Italia, 27765/09- <<Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del protocolo n° 4 -tortura y tratos nhumanos y degradantes- derechos a un recurso efectivo -prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros>>", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 46.
- GIUFFRÉ, Mariagiulia, 2012: "Watered-down on the high seas: Hirsi Jamaa and others v. Italy", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 61, n° 3.
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2020: "El apuntalamiento de la obligación internacional de rescate tras los casos del Open Arms y Sea-Watch 3"; en Eva Hernández Martínez y otros (editores), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Madrid, Dykinson, pp. 814-833
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2019: "El convenio sobre la inspección de los emigrantes a bordo de buques de 1926: el preludio de una preocupación actual", *Revista Internacional y Comparado de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 7.
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2017: "An approach towards the judgment rendered by the Court of Justice of the European Union on September 6, 2017 regarding the European Immigration Crisis", *Revista Derecho del Estado*, n° 46.
- MARKARD, Nora, 2020: "A hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/> [Fecha de consulta: 16.3.21]
- NASCIMBENE, Bruno, 2012: "The "Push-back Policy" Struck Down Without Appeal? The European Court of Human Rights in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*", *Instituto Affari Internazionali*, n° 12.
- RODRÍGUEZ OSUNA, Jacinto, 1985: "Migraciones exteriores, transición demográfica y proceso de desarrollo", *REIS*, 32.
- SEUNGHWAN, Kim, 2017: "Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context", *Leiden Journal of International Law*, 30.

- SHAW, Malcolm, 2017: *International Law* (6ª edición), Reino Unido, Cambridge University Press.
- SOLER GARCÍA, Carolina, 2018: “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, 45.