

El asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?

María Díaz Crego

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional.
Universidad de Alcalá

RESUMEN:

El objetivo de este trabajo es analizar el contenido del asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 21 de enero de 2011. La sentencia indicada es una de las más importantes dictadas por el Tribunal Europeo en materia de asilo en los últimos años e introduce importantes innovaciones jurisprudenciales en lo referido a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y a las exigencias que deben respetar los procedimientos nacionales de tramitación de las solicitudes de asilo. Sin embargo, la principal novedad del caso M.S.S c. Bélgica y Grecia se relaciona directamente con la política de asilo de la Unión Europea, en la medida en que este asunto constituye la primera condena a un Estado miembro de la Unión Europea por trasladar a un solicitante de asilo a otro Estado miembro en aplicación del Reglamento Dublín II.

Palabras clave: Derecho de asilo; condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; procedimiento de tramitación de las solicitudes de asilo; política de asilo de la Unión Europea; sistema de Dublín.

Keywords: Right to asylum; reception conditions for asylum applicants; procedure for granting refugee status; European Union asylum policy; Dublin system.

ABSTRACT:

The paper focuses on the judgement adopted by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, on the 21st of January 2011, in the case M.S.S v. Belgium and Grece. This is one of the most important cases in asylum matters adopted by the European Court in the last years as it develops the case law of the European Court on the reception conditions of asylum applicants and the minimal guarantees that must be respected by the internal procedures for granting refugee status. Nevertheless, the main innovation introduced by M.S.S is directly related to the European Union asylum policy, as this is the first judgement in which the European Court of Human Rights decides that a Member State of the European Union violated article 3 of the European Convention by transferring an asylum seeker to another Member State in application of the Dublin II Regulation.

Fecha recepción original: 13 de julio de 2011

Fecha aceptación: 14 de septiembre de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. CONDICIONES DE DETENCIÓN EN CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)
 - III. EL PROCEDIMIENTO DE ASILO EN GRECIA Y BÉLGICA Y EL ACCESO A UN RECURSO NACIONAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CEDH (ART. 13 CEDH)
 - IV. CONDICIONES DE ACOGIDA DE SOLICITANTES DE ASILO Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)
 - V. EXPULSIÓN HACIA UN ESTADO PARTE DEL CEDH Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)—A) *Sobre la aplicación de la doctrina Bosphorus a los actos adoptados por los Estados miembros de la UE en aplicación del Reglamento Dublín II—B) Sobre la responsabilidad de los Estados parte del CEDH por la expulsión de un extranjero hacia otro Estado parte—C) Sobre la prueba de la existencia de una violación indirecta del artículo 3 CEDH*
 - VI. A MODO DE CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN*

El caso *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el 21 de enero de 2011, podría haber sido uno más de los múltiples asuntos que resuelve cada año ese Tribunal en materia de asilo. Sin embargo, se ha convertido en uno de los casos que marcarán el año judicial de ese Tribunal y que influirán no sólo en la futura configuración de las políticas de asilo de los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sino también en la política de asilo de la Unión Europea (UE).

Como en otros múltiples casos de asilo, la demanda fue planteada por un nacional afgano, que tras un largo recorrido en busca de protección, entra en la UE por suelo griego y atraviesa Francia para llegar a Bélgica, donde solicita asilo. Una vez en Bélgica y gracias al sistema Eurodac¹, las autoridades descubren que su entrada en territorio de la UE se había producido por Grecia, pidiendo a ese país que se hiciera cargo de su solicitud en aplicación del artículo 10 del Reglamento CE/343/2003 del Consejo, de 18.2.2003 (Dublín II). Las autoridades griegas responden a la petición una vez transcurrido el plazo previsto en la norma. Sin embargo, puesto que el Reglamento Dublín II prevé que la ausencia de respuesta por parte de un país en el plazo de dos meses debe interpretarse en el sentido de que éste asume su responsabilidad –art. 18–, las autoridades belgas adoptaron una decisión por la que se rechazaba la solicitud del demandante y se le ordenaba que abandonara el territorio belga.

A fin de ejecutar esta decisión, se recluyó al demandante en un centro de internamiento para extranjeros en situación irregular, organizándose su traslado a Grecia. El demandante interpuso varios recursos ante las autoridades belgas para evitar su traslado al país heleno, solicitando incluso la adopción de una medida cautelar al TEDH, en virtud de lo previsto en el artículo 39 de su Reglamento. Sin embargo, ninguna de esas medidas surtió efecto, resultando especialmente significativa la justificación del rechazo de la medida cautelar por parte del TEDH, que señalaba que ésta se había basado en la confianza que tenía el tribunal en que el Estado griego cumpliría las obligaciones asumidas no sólo en virtud del CEDH, sino también de la

* «Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Los derechos sociales y económicos y los derechos civiles (II) en los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos” (DER 2008-06390-C04-02/JURI), dirigido por el Prof. Pablo SANTOLAYA MACHETTI y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación».

¹ El sistema Eurodac es regulado por el Reglamento (CE) 2725/2000 del Consejo, de 11.12.2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac», y permite la comparación de impresiones dactilares para la aplicación del sistema de Dublín.

legislación de la UE. A pesar de ello, el Alto Tribunal mostraba ciertas suspicacias al pedir al gobierno griego que le informara del devenir de la historia del demandante.

Rechazados todos los recursos planteados por el demandante, éste fue trasladado a Grecia, solicitando asilo en ese país nada más desembarcar del avión que lo desplazaba desde Bélgica, el día 15 de junio de 2009. Comenzaba así un largo periplo durante el que el demandante, a pesar de haber sido documentado por las autoridades griegas como solicitante de asilo, sufrió varios períodos de detención en centros de internamiento que se encontraban en una situación ruinoso; vivió en condiciones de total abandono mientras se encontraba en libertad, instalándose, junto a otros solicitantes de asilo, en un parque del centro de Atenas, donde recibió ayuda de los propios ciudadanos griegos, en ausencia de todo apoyo gubernamental; y, además, fue objeto de dos decisiones de expulsión, evitándose su traslado a Turquía en el último momento, y ello a pesar de que el TEDH, tras no tener información de las autoridades griegas sobre la suerte que había corrido el demandante, decidió aplicar el artículo 39 de su Reglamento a su favor el día 2 de julio de 2009, requiriendo al Gobierno griego para que no le expulsara hasta que el Tribunal no hubiera finalizado el estudio de su caso.

En el momento en el que el TEDH resolvió su caso, el demandante todavía no había tenido respuesta alguna de las autoridades griegas sobre su solicitud de asilo, de modo que el procedimiento había durado más de un año y medio –desde que el demandante solicitara asilo en Grecia el 15 de junio de 2009– sin que se hubiera obtenido resolución alguna sobre el fondo de las pretensiones del demandante.

La demanda presentada, dirigida contra los dos Estados involucrados en la tramitación de la solicitud de asilo, planteaba algunas cuestiones que resultaban poco novedosas desde la óptica de la jurisprudencia del TEDH en materia de asilo. Tal era el caso del análisis que realizaba el Alto tribunal sobre las condiciones de detención en los centros de internamiento de extranjeros griegos (II) o sobre las deficiencias procedimentales identificables en la tramitación de las solicitudes de asilo en Grecia y en la resolución de los recursos presentados en Bélgica contra las decisiones de expulsión de ciudadanos extranjeros (III).

Sin embargo, otros aspectos del pronunciamiento del TEDH resultaban mucho más conflictivos y novedosos, como parecía demostrar el hecho de que la Sala² que inicialmente iba a entender del asunto decidiera inhibirse a favor de la Gran Sala y que varios Estados parte del CEDH –Países Bajos e Inglaterra– y varios organismos internacionales y ONGs –Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comisario de Derechos

² La Sala estaba presidida por la jueza Ireneu CABRAL BARRETO, y formaban parte de ella los jueces Françoise TULKENS, Vladimiro ZAGREBELSKY, Danutė JOCIENE, DRAGOLJUB POPOVIĆ, Andrés SAJÓ, Nona TSOTSORIA.

Humanos del Consejo de Europa, Greek Helsinki Monitor, Amnistía Internacional y Aire Centre– solicitaran intervenir como terceros interesados.

En este sentido, resultaba especialmente interesante el análisis del TEDH sobre las exigencias que impone el artículo 3 CEDH en relación con las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo (IV), así como sobre la posibilidad de que Bélgica hubiera vulnerado los artículos 3 y 13 CEDH por haber transferido al demandante a Grecia, en aplicación del Reglamento Dublín II (V). El análisis de este último punto resultaba de gran trascendencia desde el punto de vista de la política de asilo de la UE, en la medida en que, en caso de producirse la condena de Bélgica, ésta constituiría la primera condena a un Estado miembro de la UE por aplicar el Reglamento Dublín II de forma contraria a las exigencias impuestas por el CEDH y podría poner en tela de juicio alguno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el sistema de Dublín, en concreto, el entendimiento de que todos los Estados miembros de la UE respetan el principio de *non refoulement*, recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, y de que todos ellos pueden considerarse países seguros desde la perspectiva de la protección asilar. Además, la trascendencia del caso parecía todavía mayor si se tenía en cuenta que en agosto del año 2010, un tribunal británico había planteado una problemática semejante ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una cuestión prejudicial³. Ese Tribunal, máximo intérprete del Derecho de la UE, no se había pronunciado todavía sobre el asunto –y, de hecho, sigue sin hacerlo⁴–, de modo que la sentencia del TEDH parecía poder tener una fuerte influencia sobre la posterior resolución del caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. CONDICIONES DE DETENCIÓN EN CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)

La parte quizás menos innovadora de la sentencia del TEDH en el asunto M.S.S. es aquella en la que el Alto Tribunal analiza las condiciones de detención sufridas por el demandante en el centro de internamiento para extranjeros del aeropuerto internacional de Atenas, en el que permaneció en dos momentos diferentes, durante sendos períodos de cuatro días y una semana.

En su narración de los hechos, el demandante ponía de relieve cuáles eran las condiciones de detención en el centro citado, en el que los inmigrantes vivían hacinados en espacios minúsculos que ocupaban más de 20 personas,

³ Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), 18.8.2010, as. C-411/10.

⁴ Llama la atención que, hasta la fecha, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya pronunciado tan sólo sobre la denegación de la solicitud de someter la cuestión prejudicial al procedimiento acelerado: Auto del Presidente del TJUE, de 1.10.2010, as. C-411/10.

no podían dormir todos al mismo tiempo por falta de espacio y de colchones, no podían acceder al exterior para dar ningún paseo al aire libre, y sólo tenían acceso a los sanitarios previa petición a los guardias de seguridad de turno, que en ocasiones pegaban e insultaban a los detenidos.

El TEDH resolvía esta primera alegación del demandante aplicando su jurisprudencia habitual sobre las exigencias que impone el artículo 3 CEDH –prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes– en relación con las condiciones materiales de detención en instituciones carcelarias⁵, o cualquier otro lugar en el que una persona pueda ser privada de libertad, centros de internamiento de extranjeros incluidos⁶. Recordaba así que las condiciones de detención debían ser compatibles con el respeto de la dignidad humana y que no podían someter al interesado a un sufrimiento mayor que el que habitualmente acompaña a una medida privativa de libertad, de modo que la salud y el bienestar del detenido debían estar siempre garantizados, para que las exigencias impuestas por el artículo 3 CEDH fueran respetadas.

A fin de determinar si el precepto indicado había sido violado, el TEDH analizaba las circunstancias del caso, centrándose especialmente en las alegaciones del Estado referidas a las dificultades que estaba afrontando para gestionar el importante flujo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegaban al país, dificultades acrecentadas por la crisis económica; en las alegaciones referidas a la brevedad del período de internamiento sufrido por el demandante; y en la cuestión probatoria, especialmente delicada dado que el demandante no había presentado documento alguno referido a las condiciones de detención en el centro correspondiente.

En esta lógica, el TEDH rechazaba de plano las alegaciones referidas a las dificultades que estaba afrontando el Estado heleno para gestionar el importante flujo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegaban al país en tiempos de crisis, destacando que, si bien el Tribunal era consciente de las dificultades que debían afrontar algunos Estados que constituían la frontera exterior de la UE para gestionar los flujos migratorios, éstas no podían exonerarles de cumplir con las obligaciones que les imponía el artículo 3 CEDH, dado el carácter absoluto de tal precepto; argumento ya esgrimido por el tribunal en otros contextos⁷.

⁵ Entre muchos otros: STEDH, as. *Labzov vs. Rusia*, de 16.6.2005; o STEDH, as. *Kalashnikov vs. Rusia*, de 15.7.2002. Para un análisis de esta jurisprudencia, ver: HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, pp. 93 y ss.; SALADO OSUNA, A., «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, CEPC, 2009, pp. 94 y ss.

⁶ Sobre la jurisprudencia del TEDH en relación con los centros de internamiento de extranjeros, ver las sentencias citadas en las notas a pie 9 y 10.

⁷ En este sentido, por ejemplo, es destacable la jurisprudencia en virtud de la cual el TEDH ha indicado que, en caso de existir datos serios y creíbles de que un demandante corre un riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio, éste no puede ser expulsado o extraditado hacia el país en que ese riesgo podría materializarse bajo ninguna circunstancia e independientemente de que razones de orden público o de seguridad nacional

Centrado así en el fondo de la cuestión, el TEDH valoraba la práctica habitual de las autoridades griegas de detener a todos los solicitantes de asilo sin informarles sobre los motivos de su detención, así como el perfil del demandante y su especial vulnerabilidad, derivada de su condición de solicitante de asilo y su traumática experiencia vital; elementos que, unidos a las condiciones de detención narradas por el demandante y descritas en numerosos informes del Comité contra la Tortura, del ACNUR de Amnistía Internacional o de Médicos sin Fronteras, eran suficientes para ser consideradas un trato degradante, contrario al artículo 3 CEDH. El TEDH salvaba así la falta de presentación de material probatorio sobre las condiciones de internamiento en el centro por parte del demandante, utilizando una técnica habitual en la jurisprudencia del TEDH, en concreto, la referencia a los documentos aportados por organismos internacionales u ONGs que trabajan sobre el terreno y confirman con sus informes la situación descrita por los demandantes; postura muy realista y difícil de criticar si se tiene en cuenta que, en caso de no admitirse ese medio de prueba, los demandantes carecerían, en la mayoría de los casos, de material probatorio que acreditara las condiciones en que estuvieron detenidos.

Finalmente, el TEDH analizaba las alegaciones referidas a la brevedad del período de internamiento sufrido por el demandante. En relación con esta cuestión, el TEDH se limitaba a subrayar que la duración de la medida privativa de libertad no podía considerarse «insignificante», y que dada la vulnerabilidad del demandante, las condiciones de detención sufridas debían considerarse contrarias al artículo 3 CEDH.

El razonamiento del TEDH seguía así su práctica habitual en la materia, en la medida en que tenía en cuenta no sólo las condiciones materiales vividas por el migrante, sino también la duración de la medida privativa de libertad y las circunstancias personales del demandante antes de declarar violado el artículo 3 CEDH⁸. Sin embargo, parecía darse más peso a las condiciones materiales de detención y las circunstancias personales del demandante que al tiempo durante el cual estuvo privado de libertad en condiciones inaceptables. En relación con la duración del internamiento, es significativo que el TEDH haya tomado en consideración habitualmente períodos de meses a la hora de declarar vulnerado el artículo 3 CEDH por las condiciones de

aconsejen la expulsión o la extradición. El TEDH, en esa línea jurisprudencial, ha llamado la atención sobre el carácter absoluto de las obligaciones derivadas del artículo 3 CEDH, del que se deduciría la imposibilidad de expulsar/extraditar a los demandantes que se encuentren en la situación indicada. En este sentido, son destacables, entre otras: SSTEDH, as. *Chahal vs. Reino Unido*, de 15.11.1996; as. *Saadi c. Italia*, de 28.2.2008.

⁸ En este sentido, la jurisprudencia constante del TEDH ha subrayado que la existencia de un trato prohibido por el artículo 3 CEDH depende de las circunstancias del caso, subrayando que las circunstancias que serán tenidas en cuenta para valorar la existencia de una vulneración del artículo 3 CEDH son la duración de la medida enjuiciada, los efectos físicos y mentales que ha provocado sobre el demandante, y las circunstancias personales de éste, tales como su sexo, su edad o su estado de salud. Al respecto, ver entre otras, STEDH, as. *Kudla vs. Polonia*, de 26.10.2000.

detención sufridas en centros de internamiento de extranjeros⁹. Hasta la fecha, son escasos los asuntos en los que el TEDH ha considerado un período de unos pocos días a fin de declarar vulnerado el artículo 3 CEDH¹⁰, de modo que el asunto *M.S.S.* puede considerarse un tanto innovador en ese sentido.

III. EL PROCEDIMIENTO DE ASILO EN GRECIA Y BÉLGICA Y EL ACCESO A UN RECURSO NACIONAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CEDH (ART. 13 CEDH)

Una segunda problemática que afronta el TEDH en el asunto *M.S.S.*, y que no resulta del todo innovadora, está vinculada con el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, reconocido en el artículo 13 CEDH. Según ese precepto, toda persona que haya visto violado uno de los derechos que le reconoce el Convenio tiene derecho a acceder a un recurso efectivo ante una instancia nacional, de modo que ese precepto exige la existencia de garantías internas para la protección de los derechos reconocidos en el CEDH, vinculándose así con el carácter subsidiario de la garantía europea ofrecida por el propio Convenio, tal y como ha subrayado la doctrina¹¹.

A pesar de que el artículo 13 CEDH reconoce un derecho a un recurso nacional efectivo tan sólo en los casos de posible vulneración de uno de los derechos recogidos en el Convenio y, en principio, esta previsión nada parece tener que ver con casos de asilo, como el analizado en *M.S.S.*, hay que subrayar que este precepto está alcanzando gran importancia en ese ámbito específico, ya que el TEDH ha excluido del ámbito de aplicación del artículo 6 CEDH –derecho al debido proceso– las decisiones relativas a la entrada, la residencia o el alejamiento de extranjeros de los Estados parte del Convenio¹², y ha integrado el principio de *non refoulement* en su jurisprudencia.

⁹ En este sentido, entre otras muchas: SSTEDH, as. *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, de 12.10.2006 (dos meses); as. *Tabesh vs. Grecia*, de 26.11.2009 (tres meses); as. *S.D. c. Grecia*, de 11.6.2009 (dos meses); as. *A.A. vs. Grecia*, de 22.7.2010 (tres meses); as. *R.U. c. Grecia*, de 7.6.2011 (dos meses).

¹⁰ En este sentido, son reseñables la STEDH, as. *Riad y Idiab vs. Bélgica*, de 24.1.2008, en la que los demandantes eran dos ciudadanos extranjeros que permanecieron 11 y 15 días en la zona de tránsito del aeropuerto de Bruselas sin ningún tipo de asistencia pública; la STEDH, as. *S.D. vs. Grecia*, de 11.6.2009, en la que el demandante, solicitante de asilo, había sido confinado en sendos centros de internamiento durante dos períodos de dos meses y seis días, considerándose violado el artículo 3 CEDH en ambos casos; y la STEDH, as. *Rahimi vs. Grecia*, de 5.4.2011, en la que el demandante, menor de edad, había permanecido dos días únicamente en un centro de internamiento de extranjeros.

¹¹ En este sentido: CARMONA CUENCA, E., «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009, p. 535; HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C., op. cit., p. 557.

¹² Entre las sentencias más recientes del TEDH al respecto, ver: STEDH, as. *Darraj vs. Italia*, de 24.3.2009, y as. *Ben Salah vs. Italia*, de 24.3.2009.

dencia relacionada con el artículo 3 CEDH –prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes–, abriendo así la posibilidad de alegar el artículo 13 CEDH, en relación con el artículo 3 CEDH, y de exigir el cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales en el ámbito concreto del derecho de asilo¹³.

Efectivamente, al excluir la aplicación del artículo 6 CEDH del ámbito de la extranjería, el TEDH ha limitado las exigencias procedimentales en ese marco a las que puedan deducirse del artículo 13 CEDH y de otros preceptos específicos del Convenio o sus Protocolos –tales como los artículos 4 del Protocolo n° 4 ó 1 del Protocolo n° 7–. Sin embargo, tal y como he destacado, el artículo 13 CEDH sólo puede alegarse en relación con otros derechos reconocidos en el Convenio y, en los casos de asilo, esa conexión se ha logrado gracias a la jurisprudencia del TEDH que ha reconocido que los Estados parte del Convenio pueden vulnerar el artículo 3 CEDH si devuelven a una persona a un Estado cuando existan motivos serios y fundados que permitan creer que, en caso de ser devuelta, afrontará un riesgo real de ser sometida a torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes¹⁴.

Esa combinación ha permitido al Alto Tribunal imponer ciertas garantías procedimentales en la tramitación de las solicitudes de asilo, siempre que el solicitante alegue una queja que el TEDH considere *defendible*¹⁵. En tal caso, y desde la perspectiva del Alto Tribunal, el artículo 13 CEDH no sólo exigiría la existencia de un recurso interno –que en términos de Derecho de asilo se traducirá normalmente en el procedimiento interno que permita la concesión del derecho de asilo–, sino que exigiría que ese recurso sea un recurso *efectivo*, para lo cual no será necesario que el recurso se sustancie ante un tribunal, pero sí que sea un recurso accesible, esto es, que esté disponible tanto en Derecho como de hecho; que permita examinar de forma detallada el contenido de la queja y proporcionar un remedio adecuado al demandante; y que se resuelva en un plazo razonable. En los casos en los que se alega una vulneración del artículo 13 CEDH, en combinación con el artículo 3 CEDH –esto es, en los casos de asilo semejantes al asunto M.S.S.–, las exigencias que impone el Convenio son especialmente cuidadosas, ya que se requiere que el recurso nacional permita un estudio detallado,

¹³ En este sentido, ver también: CLEMENT, H., «Les demandes d’asile», en LAMBERT, P. y PETTITI, Ch. (eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*. Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 30 y ss.; LAMBERT, H., *La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*. Estrasburgo, Editions du Conseil de l’Europe, 2007, pp. 37 y ss.; SPIJKERBOER, T., «Subsidiarity and Arguability: the European Court of Human Rights Case Law on Judicial Review in Asylum Cases», *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, n° 1, 2009, p. 50.

¹⁴ Sobre esta jurisprudencia ver las obras citadas en la nota a pie 36.

¹⁵ Sobre esta exigencia, ver: HARRIS, D., O’BOYLE, M. y WARBRICK, C., op. cit., p. 560 y ss.; JACOBS, F., WHITE, R. y OVEY, C., *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, Nueva York, 2010, p. 134.

independiente y especialmente ágil de todas las alegaciones, y que tenga efectos suspensivos automáticos¹⁶.

Haciéndose eco de esta jurisprudencia, el demandante en el asunto *M.S.S.* planteaba dos quejas diferenciadas, una dirigida contra Grecia y otra dirigida contra Bélgica. La queja dirigida contra este último país suscitaba problemas menores, en la medida en que el demandante alegaba que no habría disfrutado de ningún recurso efectivo ante las autoridades belgas que le permitiera contestar la decisión de trasladarle a Grecia en aplicación del Reglamento Dublín II y, sobre todo, que le permitiera obtener una decisión de suspensión de la decisión de traslado antes de que ésta se produjera. El TEDH se mostraba de acuerdo con estas alegaciones, en la medida en que reseñaba que el demandante había afrontado ciertos obstáculos prácticos a la hora de introducir el recurso correspondiente ante la instancia nacional y, sobre todo, que el recurso previsto por el ordenamiento belga para obtener la suspensión de una decisión nacional de expulsión de un extranjero –*la procédure de suspension en extrême urgence*– no podía considerarse un recurso efectivo, ya que el tribunal nacional encargado de resolver estos recursos no realizaba un análisis completo de las alegaciones de los recurrentes basadas en la posible vulneración del artículo 3 CEDH en caso de ser efectivamente expulsados, limitándose a valorar si el recurrente en el caso concreto había probado el perjuicio irreparable que resultaría de la violación del artículo 3 CEDH alegada. A falta de un análisis completo de las quejas alegadas por los recurrentes en relación con el artículo 3 CEDH, el recurso nacional no podía considerarse efectivo.

Si la queja dirigida contra Bélgica en relación con el artículo 13 CEDH era muy puntual, la dirigida contra Grecia tenía una dimensión mucho mayor, en la medida en que el demandante enumeraba las deficiencias del procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo en Grecia, y planteaba que ni la fase administrativa ni la fase judicial de ese procedimiento cumplían las exigencias mínimas para poder ser consideradas un recurso efectivo, en el sentido del artículo 13 CEDH. El demandante subrayaba así que, en su condición de traductor para las fuerzas internacionales que habían ocupado Afganistán, temía ser perseguido por los talibanes en caso de ser devuelto a ese país. A pesar de ese temor y de que había solicitado asilo ante las autoridades griegas, el demandante subrayaba que temía ser devuelto en cualquier momento a Afganistán, o a otro Estado que pudiera a su vez devolverle a ese país, y que no tenía confianza alguna en el procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo griego, debido a las dificultades para acceder al procedimiento, la falta de información sobre el mismo, la falta de asistencia letrada y la deficiente revisión judicial de las decisiones administrativas en la materia.

Por su parte, el Estado griego trataba de contrarrestar esas alegaciones indicando que su legislación se adecuaba perfectamente a las exigencias interna-

¹⁶ En este sentido, entre otras: SSTEDH, as. *Jabari vs. Turquía*, de 11.7.2000; as. *Conka vs. Bélgica*, de 5.2.2002; as. *Gebremedhin vs. Francia*, de 16.4.2007.

cionales en la materia, así como a la normativa de la UE, que la política general seguida por las autoridades griegas en cuanto a los solicitantes de asilo afganos era la no devolución, y que las deficiencias en la tramitación de la solicitud de asilo del demandante se debían, fundamentalmente, a su falta de colaboración, ya que el demandante se había presentado ante las autoridades con identidades diferentes y no había comparecido ante ellas en ninguna de las ocasiones en que fue requerido a tal efecto.

A la luz de las alegaciones de ambas partes, parecía claro que el TEDH no tendría dificultad en considerar la queja dentro del ámbito de aplicación del artículo 13 CEDH, en la medida en que se planteaba una alegación *defendible*¹⁷, basada en uno de los derechos reconocidos en el Convenio. En este sentido, el TEDH subrayaba que el demandante planteaba la posibilidad de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH o de ser asesinado –queja que sería *defendible* sobre la base del artículo 2 CEDH– en caso de ser devuelto a Afganistán y aportaba documentos que probaban su colaboración con las fuerzas internacionales en ese país; elementos que, junto a los informes de varios organismos –especialmente de ACNUR– sobre la situación de inestabilidad y los grupos de riesgo en ese país, parecían suficientes para considerar su queja *defendible*.

Sin embargo, el resultado del análisis del Tribunal sobre el fondo de la queja parecía más difícil de vislumbrar por dos cuestiones distintas. Por un lado, parecía claro que el caso planteaba un problema probatorio puesto que el demandante no presentaba documento alguno que probara en qué medida la tramitación de su solicitud de asilo se había producido con deficiencias graves, que impidieran considerar el procedimiento seguido por las autoridades nacionales para resolver su caso como un recurso *efectivo* a la luz del artículo 13 CEDH. Esas dificultades probatorias se agravaban porque la regulación del procedimiento de asilo griego no parecía plantear ningún problema, de modo que la queja del demandante parecía suscitar dudas sobre la existencia de una discordancia entre la legislación griega y la práctica desarrollada por las autoridades nacionales en la tramitación de solicitudes de asilo; cuestión mucho más difícil de probar, sin lugar a dudas, que la inadecuación de una disposición normativa a lo previsto en el Convenio.

Por otro lado, el asunto planteaba una segunda problemática asociada a la admisibilidad del caso, pero que el propio Tribunal decidía unir al examen de fondo, en concreto, el problema del no agotamiento de las vías de recurso internas. Esta problemática surgía porque la Administración griega no había resuelto todavía la solicitud de asilo del demandante y, por tanto, éste no había tenido oportunidad de recurrir la decisión administrativa ante los tribunales nacionales o de poner fin así a una eventual vulneración de sus derechos causada por la administración interna.

A pesar de estas dudas, el TEDH decidió por unanimidad que Grecia había violado el artículo 13 CEDH, en relación con el artículo 3 CEDH. Para alcan-

¹⁷ Sobre esta exigencia, ver nota a pie 15.

zar tal conclusión, el TEDH resolvía la problemática probatoria llamando la atención sobre los múltiples informes del ACNUR, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y de numerosas ONGs internacionales que señalaban que la legislación griega en materia de asilo no se aplicaba en la práctica, que existían deficiencias estructurales importantes en la gestión de las solicitudes de asilo en Grecia y que las autoridades griegas no respetaban el principio de *non refoulement*. En este sentido, se subrayaba que esos documentos indicaban que no se informaba de forma suficiente y completa a los solicitantes de asilo sobre el procedimiento a seguir; no se garantizaba una comunicación fiable entre los solicitantes de asilo y la administración; el procedimiento se dilataba excesivamente en el tiempo, en ocasiones hasta varios años; no había casi intérpretes; el personal que tramitaban las solicitudes estaba escasamente formado; no se garantizaba la asistencia letrada de los solicitantes; la mayoría de las solicitudes finalizaban con una decisión administrativa negativa, que además no estaba correctamente motivada; y se había suprimido la participación en el procedimiento de ACNUR y de las comisiones de información sobre los refugiados, que actuaban como organismos protectores de los derechos de los solicitantes de asilo.

En el mismo sentido, el TEDH analizaba la adecuación de la revisión judicial de las decisiones administrativas griegas en materia de asilo a las exigencias impuestas por el artículo 13 CEDH, en la medida en que la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal obliga a considerar el conjunto de recursos previstos por los ordenamientos nacionales a la luz del precepto indicado, de modo que si bien uno de ellos puede no cumplir los requisitos de efectividad exigidos por el Convenio, la consideración de la totalidad de recursos previsto por el ordenamiento interno podría llevar al Tribunal a entender cumplidas las exigencias impuestas por ese precepto¹⁸.

Sin embargo, este no era claramente el caso en el asunto *M.S.S.* ya que el TEDH identificaba problemas estructurales relevantes también en la revisión judicial de las decisiones administrativas en materia de asilo. Haciéndose eco de nuevo de los informes del ACNUR y del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el TEDH concluía que los recursos judiciales previstos por la legislación griega contra las decisiones administrativas en materia de asilo no podían considerarse *efectivos* ya que el acceso a los tribunales era casi imposible debido a las deficiencias en el proceso de notificación, que provocaban que el plazo de presentación del recurso en vía judicial ya hubiera transcurrido cuanto los solicitantes de asilo conocían el contenido de la resolución administrativa; a que los solicitantes de asilo no eran informados de la posibilidad de requerir un abogado de oficio; a que el número de letrados de oficio disponibles era manifiestamente insuficiente para cubrir las necesidades de los solicitantes existentes; y a que el

¹⁸ Sobre la necesidad de tener en cuenta la totalidad de recursos previstos por el ordenamiento interno a fin de valorar la efectividad de las vías de recursos nacionales, ver: CARMONA CUENCA, E., op.cit., p. 543; HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C., op. cit., p. 566 y ss.

plazo de resolución de esos recursos era manifiestamente excesivo –siendo la media de unos cinco años y medio, según la información proporcionada por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa–.

Esta conclusión permitía al TEDH resolver el problema relacionado con la falta de agotamiento de los recursos internos sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión. Parecía interpretarse así que, puesto que el conjunto de recursos previstos por la legislación griega para tramitar las solicitudes de asilo habían sido considerados recursos no *efectivos*, no se aplicaba la exigencia de agotamiento de las vías de recursos internas –art. 35.1 CEDH–, en la medida en que la jurisprudencia del TEDH sólo ha exigido a los demandantes acudir a aquellos recursos internos que sean accesibles y efectivos¹⁹: si el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de asilo no era considerado efectivo, parecía claro que no podía exigirse al demandante que lo agotara. Un claro ejemplo de la complementariedad, tantas veces subrayada, entre los artículos 13 y 35.1 CEDH²⁰.

A la luz del razonamiento del TEDH sobre la violación del artículo 13 CEDH por parte de Grecia, dos elementos parecen dignos de especial mención. Por un lado, resultaba significativo que el TEDH llegara a la conclusión de que el procedimiento griego de tramitación de las solicitudes de asilo no podía considerarse un recurso *efectivo*, a la luz del artículo 13 CEDH, utilizando la información proporcionada por los informes de diversos organismos internacionales y ONGs; informes que cubrían las carencias probatorias de la demanda, en la medida en que el demandante no había probado en qué medida esas deficiencias generales habían afectado a la tramitación de su concreta solicitud y la única prueba objetiva que parecía proporcionarse era la realidad –incontrovertida– de que su solicitud de asilo no se había resuelto tras más de año y medio. A pesar de ello, el TEDH indicaba –hasta en dos ocasiones– que, dado el contenido de esos informes, daba mayor credibilidad a la versión del demandante que a la proporcionada por el Estado para justificar la tardanza en la resolución de su solicitud de asilo, solventando así la espinosa cuestión probatoria con una postura harto flexible y, quizás, adecuada si se tiene en cuenta la facilidad con la que el Estado griego podría ocultar las pruebas de su incumplimiento y las paralelas dificultades que habría encontrado el demandante para probar ese mismo incumplimiento.

Por otro lado, resultaba especialmente relevante desde el punto de vista del Derecho de asilo que el TEDH enumerara con detalle las deficiencias del procedimiento administrativo de tramitación de solicitudes de asilo en Gre-

¹⁹ En este sentido, es de recordar que desde el punto de vista de la jurisprudencia del TEDH una demanda es inadmisibles por no agotamiento de los recursos internos tan sólo en aquellos casos en que el demandante no ha agotado aquellas vías de recurso internas que puedan considerarse accesibles y efectivas desde el punto de vista de la jurisprudencia del TEDH. Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, ver: HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C., op. cit., pp. 764 y ss.

²⁰ En este sentido, entre otros: HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C., op. cit., p. 562; SPIJKERBOER, T., op. cit., p. 51.

cia, así como de su revisión judicial posterior, ya que hasta la fecha el Alto Tribunal se había pronunciado principalmente sobre cuestiones asociadas a la falta de carácter suspensivo de ciertos recursos internos en materia de asilo²¹ y sobre el alcance de la revisión judicial que desarrollaban los tribunales internos en materia de asilo²², pero no había realizado nunca una enumeración tan exhaustiva de las garantías que asociaba a un recurso *efectivo* en el ámbito concreto del asilo²³. Quizás el único análisis previo que se acercaba a los niveles de exhaustividad del caso *M.S.S.* lo encontramos en varios asuntos dirigidos contra Turquía, en los que el TEDH se hacía eco de las deficiencias del procedimiento turco de tramitación de las solicitudes de asilo y su posterior revisión judicial, indicando que las autoridades nacionales no habían realizado una análisis exhaustivo de las alegaciones de los demandantes, no les habían notificado ninguna decisión recaída sobre su solicitud, no les habían proporcionado asistencia letrada alguna, y no habían asegurado la suspensión de la decisión de devolución de los solicitantes a su país de origen mientras se analizaba el fondo de su queja²⁴.

Sin embargo, esas exigencias quedan notablemente ampliadas tras el asunto *M.S.S.*, que parece exigir a todos los Estados parte del Convenio que diseñen sus procedimientos de tramitación de las solicitudes de asilo a fin de asegurar un adecuado acceso e información de los solicitantes sobre el procedimiento a seguir, la tramitación diligente y exhaustiva de las solicitudes por parte de las autoridades y que los solicitantes puedan participar efectivamente en la tramitación, gracias a la puntual información recibida de las autoridades y al apoyo de intérpretes y letrados.

IV. CONDICIONES DE ACOGIDA DE SOLICITANTES DE ASILO Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)

Una parte mucho más novedosa del asunto *M.S.S.* se relaciona con las exigencias que cabe derivar del artículo 3 CEDH en lo referido a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo. En relación con esta cuestión, el

²¹ En este sentido, son destacables las SSTEDH, as. *Jabari vs. Turquía*, de 11.7.2000; as. *Conka vs. Bélgica*, de 5.2.2002; as. *Gebremedhin vs. Francia*, de 16.4.2007; as. *Mouminov vs. Rusia*, de 11.12.2008; as. *Diallo vs. República Checa*, de 23.6.2011; as. *Tehrani y otros vs. Turquía*, de 13.4.2010.

²² En este sentido, son destacables las SSTEDH, as. *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, de 30.10.1991; as. *Chahal vs. Reino Unido*, de 15.11.1996; as. *Bensaid vs. Reino Unido*, de 6.2.2001; as. *Hilal vs. Reino Unido*, de 6.3.2001; as. *Mouminov vs. Rusia*, de 11.12.2008; as. *A. vs. Países Bajos*, de 20.7.2010; as. *Diallo vs. República Checa*, de 23.6.2011.

²³ No obstante, hay que reseñar que, tras el asunto *M.S.S.*, otros casos del TEDH se han pronunciado también sobre el procedimiento de asilo griego de forma igualmente amplia: STEDH, as. *R.U. vs. Grecia*, de 7.6.2011. Sobre la jurisprudencia anterior a *M.S.S.*, ver especialmente: WOUTERS, K., *International legal standards for the protection from refoulement*. Amberes, Intersentia, 2009, pp. 330 y ss.

²⁴ Entre ellos: SSTEDH, as. *Dbouba vs. Turquía*, de 13.7.2010; as. *Abdolkhani y Karimnia vs. Turquía*, de 22.9.2009.

demandante recordaba cómo vivió largos meses en el centro de Atenas sin ningún tipo de apoyo institucional tras ser documentado como solicitante de asilo y planteaba si la absoluta falta de apoyo institucional de las autoridades griegas a los solicitantes de asilo que, como él, carecían de medios para cubrir sus necesidades vitales más básicas, podía constituir una violación del artículo 3 CEDH.

El gobierno griego refutaba las alegaciones del demandante, subrayando que el estado de abandono en que éste había vivido se debía, en gran medida, a su propia negligencia, en la medida en que no había acudido a las autoridades para solicitar la ayuda disponible. Igualmente, se indicaba que, una vez documentado como solicitante de asilo, el demandante tenía acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a toda la red de asistencia social y sanitaria griega, de modo que podía haber hecho uso de esos servicios y, sobre todo, de la posibilidad de trabajar para tratar de cubrir sus necesidades básicas.

La cuestión suscitada por el demandante parecía así relacionada con una problemática más amplia, respecto de la cual el TEDH había tenido ya oportunidad de pronunciarse, aunque hasta el asunto *M.S.S.* lo había hecho siempre en un sentido negativo²⁵. El fondo de la cuestión no era otro que el conocido debate sobre si alguno de los preceptos del Convenio impone a los Estados parte la obligación de garantizar un determinado nivel de vida a las personas sujetas a su jurisdicción. Con carácter general, el TEDH ha respondido a esta cuestión en un sentido negativo, indicando que ni el artículo 2 CEDH, ni el artículo 3 CEDH, ni ningún otro precepto del Convenio, imponen a los Estados parte del CEDH una obligación positiva de asistir financieramente a las personas sujetas a su jurisdicción o de garantizarles un determinado nivel de vida²⁶. Esa obligación tan sólo se presentaría, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, en casos excepcionales, en los que una persona totalmente dependiente de la ayuda pública fuera abandonada por las autoridades públicas en una situación de privación tan grave que fuera incompatible con la dignidad de la persona²⁷ o que pudiera poner en riesgo su vida²⁸.

²⁵ Sobre esta jurisprudencia, ver: COUSINS, M., *The European Convention on Human Rights and social security law*. Amberes, Intersentia, 2008. Y, en relación con los derechos de los extranjeros, específicamente, ver: LAMBERT, H., op.cit., pp. 35.

²⁶ En este sentido, ver, por ejemplo, las STEDH, as. *Pancenko vs. Letonia* (Admisión), de 28.10.1999; y STEDH, as. *Larioshina vs. Rusia* (Admisión), de 23.4.2002, en los que el TEDH viene a señalar que la insuficiencia de una determinada prestación socio-económica o su inexistencia sólo podría determinar una violación del artículo 3 CEDH en supuestos extraordinarios; y la STEDH, as. *Wasilewski vs. Polonia* (Admisión), de 20.4.1999, en el que el TEDH aplica el mismo razonamiento a una presunta vulneración del artículo 2 CEDH.

²⁷ Entre otras: STEDH, as. *Larioshina vs. Rusia* (Admisión), de 23.4.2002; STEDH, as. *Budina vs. Rusia* (Admisión), de 18.6.2009.

²⁸ En este sentido, entre otros, las SSTEDH, as. *Sokur vs. Ucrania* (Admisión), 26.11.2002; as. *Sharko vs. Ucrania*, de 19.4.2005; as. *Pavlyubynets vs. Ucrania*, de 6.9.2005; as. *Molchan vs. Ucrania*, de 4.10.2005; as. *Lisyanskiy vs. Ucrania*, de 4.4.2006; as. *Pronina vs. Ucrania* (Admisión), de 10.1.2006.

Sin embargo, más allá de los casos específicos derivados de la imposición de ciertas condiciones de vida en centros de detención o de internamiento de extranjeros²⁹, el TEDH no había nunca declarado la violación de los preceptos señalados por la falta de asistencia institucional a una persona que se encontrara en una situación de total necesidad³⁰. Inclusive, esta posibilidad se había planteado antes en casos de otros solicitantes de asilo, cuyas alegaciones fueron siempre rechazadas³¹. La novedad del caso *M.S.S.* es que, por vez primera, el TEDH aplica su jurisprudencia en la materia en un sentido positivo, declarando que las condiciones de acogida del demandante en Grecia fueron tan penosas e insuficientes que vulneraron el artículo 3 CEDH³².

Para llegar a esa conclusión, el TEDH tuvo en cuenta no sólo las circunstancias particulares en que vivió el demandante, sino también su especial vulnerabilidad en cuanto solicitante de asilo, y el hecho de que tanto la legislación interna griega, como la normativa de la UE en la materia –Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27.1.2003, por la que sea prueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros– imponían ciertas exigencias a las autoridades griegas que éstas nunca cumplieron.

En relación con las condiciones de acogida del demandante, el TEDH tenía especial cuidado en describir la situación de necesidad absoluta en que hubo de vivir durante meses, sin alojamiento, sin comida, sin posibilidad de lavarse o acceder a asistencia médica y temiendo cada día por su vida y sus escasas pertenencias. Esa absoluta falta de los medios de vida más elementales era, además, compartida por muchos otros solicitantes de asilo, tal y como describían los informes del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de ACNUR y de varias ONGs, a los que acude nuevamente el TEDH para suplir la falta de pruebas sobre las alegaciones del demandante. El TEDH destacaba, igualmente, que esa situación no podía, a pesar de las alegaciones del gobierno griego, atribuirse a la negligencia del demandante, ya que las autoridades griegas no hicieron nada por informarle de las posibilidades de alojamiento que se le ofrecían, éstas eran manifiestamente insuficientes para cubrir la demanda de todos los solicitantes de asilo presentes en Grecia y, además, las autoridades griegas no hicieron nada por contactarle una vez que le encontraron un alojamiento adecuado. Por último, el TEDH enfatizaba, en relación con la situación de privación

²⁹ Ver al respecto, la nota a pie 3.

³⁰ En relación con esta cuestión, ver: COUSINS, M., op. cit.

³¹ En este sentido, es destacable la STEDH, as. *Müslim vs. Turquía*, de 26.4.2005, en la que el TEDH señalaba claramente que ningún precepto del Convenio impone a los Estados parte la obligación de asegurar cierto nivel de vida a los solicitantes de asilo y que, además, en el caso objeto de estudio, el demandante no había probado que se encontrara en un estado de necesidad tal como para poder considerar vulnerado el artículo 3 CEDH.

³² Es de destacar que, tras este primer asunto, el TEDH ha vuelto a declarar violado el artículo 3 CEDH por las condiciones de acogida de un solicitante de asilo, en este caso menor de edad, en la STEDH, as. *Rahimi vs. Grecia*, de 5.4.2011.

que vivió el demandante, que ésta no podría haber sido evitada mediante la búsqueda de empleo, ya que, aunque según legislación griega los solicitantes de asilo documentados están autorizados a trabajar, las trabas administrativas son tan graves que esa posibilidad está excluida *de facto*. El TEDH parecía poner así de relieve que, dada la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo, los solicitantes de asilo dependen totalmente de ayuda pública para subsistir en Grecia, y puesto que ésta es claramente insuficiente, los solicitantes se encuentran en una situación de necesidad absoluta, agravada por el hecho de que las autoridades griegas tardan mucho tiempo –normalmente años– en tramitar sus solicitudes de asilo³³.

No obstante, tal y como antes reseñaba, el TEDH era especialmente cauteloso a la hora de justificar su conclusión sobre la violación del artículo 3 CEDH por las condiciones de acogida del demandante, indicando que la violación de tal precepto no sólo se había producido por la situación vivida por el demandante, sino por el hecho de que las autoridades griegas no cumplieron con las obligaciones en la materia que su propia normativa interna –y la de la UE– les imponían³⁴. De hecho, el TEDH utilizaba este argumento para distinguir el caso *M.S.S.* de los anteriores asuntos en los que había determinado que no se había producido violación del artículo 3 CEDH por las condiciones de acogida de solicitantes de asilo. El TEDH parecía dejar así a salvo su afirmación general de que ningún precepto del CEDH impone a los Estados parte la obligación de asegurar unas determinadas condiciones de vida a las personas sujetas a su jurisdicción y aparecía la duda de si la conclusión del Alto Tribunal habría sido la misma si la legislación interna no hubiera exigido ciertas condiciones de acogida de los solicitantes de asilo.

V. EXPULSIÓN HACIA UN ESTADO PARTE DEL CEDH Y PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH)

A pesar de lo novedoso del pronunciamiento del TEDH sobre las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en Grecia, la parte más interesante del asunto *M.S.S.* y la de mayor trascendencia en lo que a la configuración de la política de asilo de la UE se refiere, es aquella en la que el Alto Tribunal analiza si Bélgica vulneró los artículos 2 y 3 CEDH al trasladar al demandante hacia Grecia en aplicación del Reglamento Dublín II.

En relación con esta cuestión, el demandante planteaba una doble queja, en la medida en que señalaba que el Estado belga habría incurrido en una violación «indirecta» de los derechos indicados ya que, al trasladarle a Gre-

³³ El razonamiento del TEDH sobre este punto de la sentencia es puesto en entredicho, de una forma a mi entender criticable, por el Voto parcialmente disidente del Juez Sajó.

³⁴ También sobre este punto era especialmente enfático el Voto concurrente del Juez Rozakis.

cia, le habría sometido, por un lado, a las deficiencias que presentaba el procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo en Grecia, que podían derivar en su expulsión subsiguiente hacia su país de origen, y, por otro lado, a las condiciones de detención y de acogida que sufrían los solicitantes de asilo en ese país. La conclusión del TEDH, adoptada casi por unanimidad³⁵, no dejaba lugar a dudas, en la medida en que el TEDH consideraba que Bélgica había violado el artículo 3 CEDH al trasladar al demandante a un país en el que podía sufrir tratos contrarios al Convenio, en forma de condiciones de detención y acogida inaceptables, y a partir del cual podía ser expulsado hacia un tercer país, en el que a su vez podría también sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH.

No obstante, para llegar a tal conclusión, el TEDH aplicaba al caso su jurisprudencia reiterada en virtud de la cual la expulsión o la extradición de un extranjero hacia un Estado puede plantear problemas desde el punto de vista del artículo 3 CEDH –y, en ocasiones, desde el punto de vista del artículo 2 CEDH– si existen datos serios y fundados que permitan deducir la existencia de un riesgo real de que la persona sufra tratos contrarios al Convenio en ese país³⁶. La traslación al caso de la citada jurisprudencia planteaba, eso sí, varios problemas específicos, en la medida en que el TEDH no podía pronunciarse sobre el fondo sin analizar si resultaba de aplicación la doctrina *Bosphorus* –cuestión que se planteaba porque las autoridades belgas habían actuado en aplicación de un Reglamento de la UE–; y sin resolver si su jurisprudencia general sobre las violaciones «indirectas» del artículo 3 CEDH en casos de expulsión/extradición se aplicaba también a aquellos supuestos en que un Estado parte del CEDH expulsaba a un extranjero a otro Estado parte del CEDH, en el que podría sufrir directamente tratos contrarios al Convenio, o a partir del cual podría a su vez ser expulsado hacia un tercer país en el que sufriera tratos contrarios al Convenio –cuestión que se planteaba porque Bélgica había trasladado al demandante a otro Estado parte del CEDH, Grecia–. Además de esas dos cuestiones espinosas, la aplicación del artículo 3 CEDH a la queja indicada

³⁵ La Gran Sala concluía por 16 votos contra uno que Bélgica había violado el artículo 3 CEDH por someter al demandante a las deficiencias del procedimiento de asilo griego, y por 15 votos contra dos que Bélgica había violado el artículo 3 CEDH por someter al demandante a las condiciones de detención y acogida de los solicitantes de asilo en Grecia.

³⁶ Para un análisis de la jurisprudencia del TEDH en este sentido, ver entre otros: BOSSUYT, M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*. Bruselas, Bruylant, 2010; MORTE GÓMEZ, C., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia de extranjería», en ÁLVAREZ CONDE, E. y PÉREZ MARTÍN, E. (dirs.), *Estudios sobre Derecho de extranjería*. Madrid, IDP, 2005, pp. 192 y ss.; SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución española*. Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 134 y ss.; SUDRE, F., «Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme», en FULCHIRON, H. (ed.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Paris, LGDJ, 1999, pp. 61-82; WOUTERS, K., op. cit., pp. 221 y ss.; SALADO OSUNA, A., op. cit., pp. 124 y ss.

planteaba un último problema, relacionado con la prueba de la existencia de un riesgo real de sufrir los tratos contrarios al Convenio que el demandante alegaba, tal y como ahora veremos.

A) Sobre la aplicación de la doctrina Bosphorus a los actos adoptados por los Estados miembros de la UE en aplicación del Reglamento Dublín II

La primera cuestión espinosa sobre la que debía pronunciarse el TEDH para analizar el fondo de la cuestión suscitada por el demandante al dirigirse contra Bélgica estaba íntimamente relacionada con el alcance del control de convencionalidad que el TEDH ejerce sobre los actos adoptados por las autoridades de los Estados parte en aplicación de las obligaciones internacionales que se derivan de su pertenencia a otras organizaciones internacionales, como por ejemplo la UE. En el caso objeto de estudio, el dilema estaba servido, ya que Bélgica había transferido al demandante a Grecia en aplicación de un Reglamento de la UE y, por tanto, el TEDH debía aclarar en qué medida era competente para controlar la adecuación al CEDH de esa decisión nacional.

Con ese objetivo, el TEDH hacía referencia expresa al asunto *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005³⁷, en el que el Alto Tribunal resolvió, en cierta medida, el largo debate sobre el control de la convencionalidad de los actos nacionales de ejecución del Derecho de la UE. El TEDH señaló así que los Estados parte del CEDH podían transferir competencias soberanas a otras organizaciones internacionales, pero que, en caso de hacerlo, continuarían siendo responsables por los actos y omisiones de sus autoridades, independientemente de que éstos vinieran impuestos por la normativa interna o de que se derivaran de las obligaciones internacionales asumidas. En el caso de los Estados miembros de la UE, se confirmaba así la clara voluntad del TEDH de controlar la adecuación de los actos nacionales de aplicación del Derecho de la UE a las exigencias impuestas por el CEDH.

Sin embargo, la sentencia del TEDH estableció un doble estándar de control en relación con esos actos nacionales: si el Estado disfrutaba de cierto

³⁷ STEDH, as. *Bosphorus Haba Yollari Ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Irlanda*, de 30.6.2005, en el que la Gran Sala del TEDH se pronunció sobre la adecuación al CEDH de la decisión de las autoridades irlandesas de embargar un avión en base a lo previsto en un Reglamento de la UE, que a su vez se basaba en una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sobre este asunto, ver entre otros: BENOIT-ROHMER, F., «L'adhésion contrainte de l'Union à la Convention». *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 64, 2005, pp. 827-843; CANO PALOMARES, G., «Un nuevo capítulo en el control del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Estrasburgo. (A propósito de la STEDH de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus Airways*)». *Revista Vasca de la Administración Pública*, n° 74, 2006, pp. 317-333; CONSTANTINESCO, V., «C'est comme si c'était fait?». *Cahiers de Droit Européen*, vol. 42, n° 3-4, 2006, pp. 363-378; JACQUÉ, J.P., «Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?». *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 41, n° 3, 2005, pp. 756-767.

margen de apreciación en la aplicación del Derecho de la UE, el TEDH aplicaría su estándar de control habitual; mientras que si el contenido del acto estatal venía directamente impuesto por la norma de la UE correspondiente y, por tanto, el Estado no había disfrutado de margen de apreciación alguno en la aplicación de la norma europea, el TEDH aplicaría un estándar de control distinto, valorando si la organización internacional protegía los derechos fundamentales de forma equivalente al propio CEDH. Si tal era el caso, se presumiría que el Estado no había vulnerado el CEDH al cumplir con la obligación internacional asumida, a no ser que se demostrara que, en el caso concreto objeto de análisis, la protección del derecho correspondiente había sido manifiestamente deficiente. En el caso *Bosphorus*, el TEDH aclaró que la UE aseguraba una protección de los derechos fundamentales equivalente a la del propio CEDH –presunción que no ha sido refutada en ninguno de los casos posteriores analizados por el TEDH³⁸–, presumiéndose así que el Estado demandado, Irlanda, había respetado el Convenio al adoptar un acto nacional que tenía su origen directo en una obligación impuesta por el Derecho de la UE.

El difícil juego de presunciones que recogía el asunto *Bosphorus* dejaba muchas cuestiones en el aire, tal y como se ha encargado de subrayar la doctrina³⁹: ¿en qué medida los propios actos de la UE serían objeto de control por parte del TEDH?, ¿cuándo se consideraría que un Estado disfrutaba de un margen de apreciación suficiente en la aplicación de una norma internacional como para exigirle el total cumplimiento de las obligaciones que impone el CEDH?, ¿qué elementos se tendrían en cuenta para valorar la protección otorgada por otras organizaciones internacionales a los derechos reconocidos en el CEDH?, y, sobre todo, ¿cuándo se consideraría que la protección otorgada por una organización internacional en un caso concreto había sido manifiestamente deficiente?

Sin embargo, no todas estas problemáticas se presentaban en el caso *M.S.S.*, en la medida en que, en este asunto, tanto las partes⁴⁰, como los terceros intervinientes⁴¹, estaban de acuerdo en señalar que el Reglamento Dublín II ofrecía a los Estados miembros cierto margen de apreciación a la hora de decidir sobre el traslado de ciudadanos de terceros Estados a otro Estado miembro de la UE para que éste analizara su solicitud de asilo. De este modo, quedaba claro que el TEDH debía proceder a una aplicación de sus

³⁸ Sobre la jurisprudencia del TEDH posterior al asunto *Bosphorus*, ver: LOCK, T., «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights». *Human Rights Law Review*, vol. 10, nº 3, 2010, pp. 529-545; POTTEAU, A., «A propos d'un pis-aller: la responsabilité des Etats membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme». *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 45, nº 4, 2009, pp. 697-716.

³⁹ En este sentido, entre otros: LOCK, T., p. 531.

⁴⁰ Así lo reseñaba el demandante, FJ 325, y así se deducía de la argumentación del Estado belga, FJ 327.

⁴¹ Así lo subrayaba especialmente ACNUR, FJ 332.

estándares de control habituales y no al estándar más débil que el Alto Tribunal aplica cuando el Estado parte no ha disfrutado de margen alguno en la aplicación de la norma de la UE.

No se discutía así la adecuación del Reglamento Dublín II al CEDH, sino la aplicación que habían realizado del mismo las autoridades belgas, ya que éstas podrían haber decidido no transferir al demandante a Grecia si consideraban que existían motivos para temer que ese Estado no analizaría de forma detallada su solicitud y no garantizaría el principio de *non refoulement*. En concreto, se señalaba que Bélgica podría haber decidido no transferir al demandante a Grecia sobre la base de la llamada *cláusula de soberanía*, prevista en el artículo 3.2 del Reglamento Dublín II, que permite a los Estados miembros de la UE examinar toda solicitud de asilo que les sea presentada por un extranjero, aun cuando ese examen no les incumba en virtud de los criterios establecidos en el Reglamento.

A pesar de que el razonamiento del TEDH parece adecuado, en la medida en que su pronunciamiento pone en cuestión la aplicación del Reglamento Dublín II que estaban realizando las autoridades belgas y no el contenido del Reglamento mismo, la realidad es que lo que se reprocha a las autoridades belgas es la aplicación automática de ese Reglamento, sin tener en consideración las deficiencias del sistema de asilo de uno de los Estados miembros de la UE⁴². Y, por mucho que pueda adornarse, ese razonamiento cuestiona el fundamento mismo del sistema Dublín II, que no es otro que la confianza de cada uno de los Estados miembros de la UE en los sistemas de asilo de sus socios⁴³, así como el propio objetivo del sistema, que no es otro que determinar de forma rápida y siguiendo una serie de criterios objetivos qué Estado es el competente para conocer de cada solicitud de asilo presentada en el seno de la UE y evitar la presentación de solicitudes de asilo múltiples en distintos Estados miembros. Si los Estados miembros de la UE se ven abocados a comprobar de forma constante que sus socios respetan determinados estándares en el tratamiento de las solicitudes de asilo, el sistema pierde parte de su razón de ser y el procedimiento de determinación del Estado responsable se ralentiza; problema que subrayaron los Estados miembros de la UE que participaron en el procedimiento ante Estrasburgo⁴⁴.

B) Sobre la responsabilidad de los Estados parte del CEDH por la expulsión de un extranjero hacia otro Estado parte

Salvada la especial problemática ligada al control de los actos nacionales de aplicación del Derecho de la UE y aclarado que el estándar de control del TEDH en el caso objeto de estudio sería el estándar ordinario, la segunda

⁴² En este sentido: LABAYLE, H., op. cit., pp. 283 y ss.

⁴³ En esta línea, ver también: DUBOUT, E., «Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste». *La Semaine Juridique*, n° 16, 2011, pp. 760-764.

⁴⁴ Especialmente significativas eran las alegaciones de Países Bajos y Reino Unido, FJ 330 y 331.

cuestión que debía resolver el TEDH para pronunciarse sobre la posible vulneración del artículo 3 CEDH por parte de Bélgica, se relacionaba con la posibilidad de condenar a un Estado parte del CEDH por el traslado de una persona a otro Estado parte del CEDH. En el caso objeto de estudio, esta cuestión se planteaba desde dos perspectivas ya que el demandante alegaba que Bélgica habría violado el Convenio por dos motivos: porque existían temores fundados y serios de que sufriría tratos contrarios al Convenio en la propia Grecia, dadas las condiciones de detención y de acogida de los solicitantes de asilo en ese país; y porque existían temores fundados y serios de que sería expulsado desde Grecia, que actuaría como una suerte de país intermediario, a un tercer país en el que podría sufrir tratos contrarios al Convenio.

Esta doble problemática no carecía de enjundia, en la medida en que se debatía la posible responsabilidad de un Estado parte del CEDH por el traslado de una persona a otro Estado parte en el que, en principio, esa persona debería estar a salvo de todo trato contrario al Convenio. No parecía del todo lógico que se condenara a Bélgica por una violación «indirecta» del Convenio, cuando el Estado directamente responsable de la vulneración del derecho correspondiente podía ser condenado por el TEDH porque también era parte del Convenio⁴⁵. Tal y como ahora veremos, ese argumento, que podía deducirse de la jurisprudencia previa del propio TEDH en casos semejantes, no será el argumento prioritario que tendrá en cuenta el Alto Tribunal en el caso *M.S.S.*

Efectivamente, el TEDH se había pronunciado en varias ocasiones sobre la posible vulneración de los artículos 2 ó 3 CEDH por la decisión de un Estado parte del Convenio de trasladar a una persona a otro Estado parte del Convenio, entendiendo incluso de asuntos en los que esa decisión se había adoptado sobre la base del Reglamento Dublín II o del anterior Convenio de Dublín⁴⁶. En estos casos, el TEDH parecía haber establecido una sutil distinción entre aquellos supuestos en los que el Estado parte al que se transfería al demandante era su destino final, y aquellos supuestos en los que el demandante podía ser objeto de un nuevo traslado a un tercer Estado en el que podría ser objeto de tratos contrarios al Convenio, esto es, aquellos casos en los que el Estado parte del CEDH actuaría como mero país intermediario en una sucesión de traslados en cadena de solicitantes de asilo o extranjeros sin estatuto bien definido⁴⁷.

⁴⁵ De hecho, resultaba un tanto paradójico que se condenara a Bélgica por el temor de que Grecia devolviera al demandante a un tercer Estado en el que podría ser sometido a tratos contrarios al Convenio y no se condenara a Grecia por esa misma razón. Así lo subrayaba también el Voto concordante del Juez VILLIGER.

⁴⁶ Sólo dos decisiones de admisibilidad se habían pronunciado previamente sobre el sistema de Dublín: STEDH, as. *T.I. vs. Reino Unido*, de 7.3.2000 (Admisión), traslado a Alemania sobre la base del Convenio de Dublín; STEDH, as. *K.R.S. vs. Royaume-Uni*, de 2.12.2008 (Admisión), traslado a Grecia sobre la base del Reglamento Dublín II.

⁴⁷ Sobre la actitud del TEDH en relación con las expulsiones/extradiciones entre Estados parte, ver: CLÉMENT, H., op.cit., pp. 21 y ss.; LAMBERT, H., op. cit., pp. 31 y ss.; SUDRE,

En los primeros casos, la jurisprudencia del TEDH parecía partir de la presunción de que el Estado parte al que se expulsara o extraditara a una persona respetaría las obligaciones asumidas en virtud del CEDH y que, por tanto, el demandante podría alegar la presunta vulneración de sus derechos frente a las propias autoridades internas y, en última instancia, ante el TEDH. En esa lógica, el TEDH había rechazado la mayoría de los casos en los que se planteaba la existencia de una vulneración del Convenio por parte del Estado parte que extraditaba o expulsaba al demandante a otro Estado parte, depositando la responsabilidad en el Estado parte receptor⁴⁸. El resultado sólo había sido distinto en aquellos supuestos en los que la presunción de respeto del Convenio por parte del Estado parte receptor había sido enervada por pruebas sustantivas, que planteaban no sólo la existencia de un riesgo real de que el Estado parte receptor vulnerara los derechos reconocidos en el Convenio, sino también las dificultades que debían hacer frente los demandantes para presentar una demanda ante el TEDH desde el Estado parte receptor⁴⁹.

En los casos en los que el demandante podía sufrir un *refoulement* en cadena, ya que un Estado parte del CEDH podía expulsarle hacia otro Estado parte, que no sería su destino final, sino sólo un Estado intermediario, el TEDH había establecido que el Estado parte desde el que iniciaría esa sucesión de *refoulements* sería también responsable del traslado del demandante hacia el Estado parte intermediario, debiendo asegurarse de que no hubiera razones para temer que el demandante sería reenviado hacia un tercer Estado no parte del CEDH sin un adecuado examen de sus quejas y sin tener la oportunidad de plantear su caso ante el TEDH y requerir la aplicación de medidas cautelares⁵⁰. Hasta el asunto *M.S.S.*, el TEDH nunca había condenado a un Estado parte por expulsar a un demandante hacia otro Estado parte que actuara como Estado intermediario, en la medida en que nunca había considerado probado que existieran temores serios y fundados para creer que el

F., op. cit., pp. 65 y ss; WOUTERS, K., op.cit., pp. 305 y ss. y 320 y ss. Específicamente sobre los traslados basados en el sistema de Dublín, ver: LABAYLE, H., op.cit., pp. 283 y ss.

⁴⁸ En este sentido, entre otras: STEDH, as. *Tomic vs. Reino Unido*, de 14.10.2003 (Admisión), expulsión hacia Croacia; STEDH, as. *Gasayev vs. España*, de 17.2.2009 (Admisión), extradición a Rusia; STEDH, as. *Kaplan vs. Alemania*, de 15.12.2009 (Admisión), extradición a Turquía; STEDH, as. *Stapleton vs. Irlanda*, de 4.5.2010 (Admisión), entrega a Reino Unido sobre la base de una euroorden. Todas las decisiones del TEDH citadas son de inadmisibilidad por no cumplir la exigencia plasmada en el artículo 35.3 CEDH, esto es, porque la demanda estaría manifiestamente infundada.

⁴⁹ En este sentido, es significativa la STEDH, as. *Shamayev y otros vs. Georgia y Rusia*, de 12.4.2005, FJ 356-368, en la que el Alto Tribunal llegaba a la conclusión de que Georgia vulneraría el artículo 3 CEDH si decidiera ejecutar la decisión de extradición de uno de los demandantes hacia Rusia, en la medida en que numerosas pruebas, entre ellas informes de diversos organismos internacionales y lo ocurrido con los otros demandantes ya extraditados, demostraban que existía un riesgo real de que sufriera tratos contrarios al Convenio en ese país y que, además, no pudiera acceder sin dificultades al propio TEDH.

⁵⁰ En este sentido, ver los asuntos STEDH, as. *T.I. vs. Reino Unido*, de 7.3.2000 (Admisión); STEDH, as. *K.R.S. vs. Reino Unido*, de 2.12.2008 (Admisión), ya citados.

Estado intermediario trasladaría a su vez al demandante a un tercer Estado sin evaluar adecuadamente sus quejas⁵¹.

Tal y como ahora veremos, en el asunto *M.S.S.*, el TEDH aplica la doble jurisprudencia a la que nos hemos referido, al estudiar la responsabilidad de Bélgica por expulsar al demandante a otro Estado parte que podría directamente infligir tratos contrarios al Convenio a un solicitante de asilo y al analizar la responsabilidad de ese mismo Estado por trasladar al demandante a otro Estado parte que actuaría como Estado intermediario. Sin embargo, lo llamativo del caso objeto de estudio es que, en esta ocasión, el TEDH sí entiende enervada la presunción de respeto de los derechos reconocidos en el Convenio que le había llevado a rechazar la mayoría de los asuntos semejantes que había analizado previamente, condenando a Bélgica por trasladar al demandante a Grecia al considerar que existían pruebas suficientes que permitían enervar la presunción de respeto del CEDH por parte de las autoridades griegas. La cuestión parecía, por tanto, obvia ¿cuáles eran las pruebas que utilizaba el TEDH para entender enervada la presunción mencionada?

C) Sobre la prueba de la existencia de una violación indirecta del artículo 3 CEDH

La cuestión probatoria en relación con aquellos asuntos en los que un Estado parte del CEDH puede ser condenado por una violación «indirecta» del artículo 3 CEDH plantea numerosos problemas, que han sido ya subrayados por la doctrina⁵². En el caso objeto de estudio, el dilema central consistía en determinar si las pruebas presentadas podían considerarse suficientes como para enervar la presunción, a la que antes hacíamos referencia, de que las autoridades griegas, en tanto que obligadas por el Convenio, cumplirían las exigencias impuestas por ese texto internacional.

Este problema central no carecía de complejidad ya que en una decisión de inadmisión, adoptada por el TEDH el 2 de diciembre de 2008 en un asunto sustancialmente idéntico al asunto *M.S.S.* –asunto *K.R.S. c. Reino Unido*–, el TEDH consideró, tras haber adoptado una medida cautelar a favor del demandante, que no existían pruebas que demostraran que Grecia trasladaría al demandante a su país de origen –Irán– sin un análisis riguroso de sus quejas y sin permitirle presentar su caso ante el propio TEDH, y que ante esa falta de prueba, debía presumirse que el Estado griego respetaría las obligaciones internacionales que había asumido, de modo que las autoridades británicas podían trasladar al demandante a Grecia sin vulnerar el artículo 3 CEDH. A partir de la decisión del TEDH en el asunto *K.R.S.*, numerosas decisiones del propio TEDH denegaron medidas cautelares a

⁵¹ *Idem supra*.

⁵² Especialmente relevante es el análisis realizado por: BOSSUYT, M., *op. cit.*; WOUTERS, K., *op. cit.*, pp. 266 y ss.

solicitantes de asilo que iban a ser expulsados hacia Grecia⁵³. De modo que la cuestión que se planteaba era si la presunción confirmada en la decisión *K.R.S.* debía mantenerse menos de dos años después del pronunciamiento del TEDH al respecto, y teniendo en cuenta que el traslado del demandante desde Bélgica a Grecia se produjo en junio de 2009 y, por tanto, sólo unos meses después de que el TEDH decidiera la inadmisión del asunto *K.R.S.*

La conclusión del TEDH, como he adelantado, era positiva, en la medida en que el Alto Tribunal consideraba que nuevos elementos de prueba permitían entender vulnerado el artículo 3 CEDH. Para llegar a esta conclusión, el TEDH hacía uso de nuevos elementos probatorios, que no estaban disponibles en el año 2008, pero que en su mayoría eran conocidos o debían ser conocidos por el Estado belga en el momento en que decidió trasladar al demandante a Grecia. No obstante, resultaba reseñable que algunos de los elementos probatorios que tenía en cuenta el TEDH fueran posteriores al momento en que se produjo el traslado del demandante a Grecia. El TEDH ponía así en práctica su jurisprudencia en la materia, en virtud de la cual el riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio en los casos de expulsión o extradición debe valorarse de conformidad con los datos que fueran conocidos o que deberían haber sido conocidos en el momento de la extradición o la expulsión por el Estado parte. No obstante, el Alto Tribunal puede tener en cuenta elementos que salgan a la luz con posterioridad a la expulsión/extradición⁵⁴. En aplicación de esta jurisprudencia, resultaba claro que el TEDH tenía en cuenta, a la hora de declarar la responsabilidad de Bélgica, elementos probatorios que no pudieron ser considerados por las autoridades belgas al adoptar su decisión al respecto del demandante; de forma que la atribución de responsabilidad resultaba cuando menos cuestionable, sobre todo si se consideraba que el propio TEDH había sentado una jurisprudencia muy clara a favor de los traslados a Grecia apenas unos meses antes de que éstas adoptaran su decisión sobre el caso.

En cuanto a los elementos probatorios que tenía en cuenta el TEDH para entender enervada la presunción de que las autoridades griegas respetarían el Convenio, destacaba que el Alto Tribunal se hiciera eco no sólo de numerosos informes de ACNUR, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y de varias ONGs de carácter internacional, sino también de una carta remitida al gobierno belga por ACNUR, en la que se le recomendaba la suspensión de los traslados de solicitantes de asilo a Grecia, y de

⁵³ El Voto parcialmente disidente del Juez Bratza, especialmente bien fundamentado y documentado, señala que, antes de la decisión *K.R.S.*, el TEDH concedió unas 80 medidas cautelares a solicitantes de asilo que iban a ser trasladados a Grecia, pero que todas esas medidas fueron suspendidas una vez que se adoptó la decisión en el asunto precitado (FJ 2), y que posteriormente a la adopción de la decisión *K.R.S.* el TEDH rechazaba de forma sistemática todas las solicitudes de adopción de medidas cautelares de solicitantes de asilo que iban a ser trasladados a Bélgica, reinvirtiéndose esa tendencia tan sólo a partir de agosto de 2009 (FJ 14).

⁵⁴ Entre otras muchas: STEDH, as. *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, de 4.2.2005, FJ 69; STEDH, as. *Gasayev vs. España*, de 17.2.2009 (Admisión).

los documentos que tenían su origen en las propias instituciones europeas, esencialmente la Comisión Europea, que proponían cambios en el propio sistema de Dublín dirigidos a evitar la saturación de determinados sistemas nacionales de asilo. Igualmente, el TEDH valoraba la carta remitida por las autoridades griegas al gobierno belga aceptando hacerse cargo del demandante, en la medida en que el Estado belga consideraba que esa carta permitía eximirle de responsabilidad por la suerte del demandante en Grecia, ya que permitiría afirmar que la decisión de trasladar al demandante se adoptó tras tener suficientes garantías del gobierno griego en cuanto al respeto de sus derechos. Sin embargo, para el TEDH, que ha aceptado ese argumento en otras ocasiones⁵⁵, ese no era el caso en el asunto *M.S.S.*, ya que la carta remitida por las autoridades griegas habría sido recibida por las autoridades belgas después de que éstas hubieran adoptado la decisión de trasladar al demandante, y sería una carta estereotipada, que no haría referencia individualizada al demandante. Además, añadía el TEDH, dadas las deficiencias del procedimiento de asilo griego no parecía razonable esperar que los problemas indicados fueran resueltos por las autoridades griegas a través de las vías de recurso internas o que los solicitantes de asilo, una vez en Grecia, pudieran acudir sin traba al propio TEDH.

De este modo, la ausencia de garantías diplomáticas específicas referidas al demandante, junto con los informes que describían la situación de los solicitantes de asilo en Grecia, y que permitían concluir que no podía confiarse en las autoridades griegas para poner fin a las violaciones de derechos alegadas y que los solicitantes de asilo, una vez en Grecia, no podrían acudir al propio TEDH, permitían al Alto Tribunal considerar enervada la presunción aplicada en casos previos y entender vulnerado el artículo 3 CEDH por Bélgica.

Parecía deducirse así que el TEDH entendía alcanzado el estándar probatorio aplicable en los casos de vulneraciones «indirectas» del artículo 3 CEDH –existencia de motivos *serios y fundados* para creer que existe un riesgo real de violación del precepto– y que el Alto Tribunal invertía, en cierto modo, la carga de la prueba, ya que no sólo tenía en cuenta los elementos probatorios aportados por el demandante, sino también los aportados por los terceros intervinientes y los que el propio tribunal se había encargado de recoger para entender probada la vulneración del derecho⁵⁶. En esta lógica, parecía deducirse que, puesto que el demandante y los terceros intervinientes habían presentado indicios serios que llevaban a pensar en la posibilidad de que se produjeran tratos contrarios al Convenio contra el demandante, la carga de la prueba se invertía, atribuyéndose al Estado la obligación de probar que esa violación no se produciría en caso de expulsión⁵⁷.

⁵⁵ Entre otras muchas: STEDH, as. *Gasayev vs. España*, de 17.2.2009 (Admisión); STEDH, as. *Olaechea Cahuas vs. España*, de 10.8.2006. Sobre la práctica del TEDH al respecto, ver: WOUTERS, K., op.cit., pp. 293 y ss.

⁵⁶ Sobre el estándar probatorio y la atribución de la carga de la prueba en casos como el estudiado, ver: SUDRE, F., op. cit., pp. 73; WOUTERS, K., op.cit., pp. 266 y ss.

⁵⁷ Así parece confirmarlo uno de los pasajes de la sentencia: FJ 359.

No obstante, un elemento más del razonamiento del TEDH sobre la prueba de la existencia del riesgo que exige el artículo 3 CEDH llamaba la atención. De acuerdo con la jurisprudencia constante del TEDH, la situación generalizada de inestabilidad en un país determinado no es suficiente para que la devolución de una persona al mismo pueda ser considerada contraria al Convenio, siendo necesaria cierta individualización del riesgo a fin de poder considerar vulnerado el artículo 3 CEDH⁵⁸. Esta jurisprudencia constante parece haber comenzado a dulcificarse gracias a sentencias del Alto Tribunal en las que valora la existencia de prácticas documentadas de persecución de determinados grupos poblacionales⁵⁹ y, sobre todo, gracias a recientes sentencias en las que el Alto Tribunal parece abrir la posibilidad de declarar vulnerado el artículo 3 CEDH en casos extremos de inestabilidad en el país de destino del demandante⁶⁰. El caso *M.S.S.* constituye un paso más en la línea indicada, en la medida en que no parece quedar probado, en ningún momento, que el demandante pueda ser objeto de una persecución individualizada en Grecia en tanto que solicitante de asilo. Las pruebas empleadas por el TEDH para considerar vulnerado el artículo 3 CEDH prueban una situación general que afecta a todos los solicitantes de asilo que se encuentran en Grecia, de modo que difícilmente puede hablarse de que la individualización del riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH en ese país estuviera suficientemente probada.

A pesar de ello, el TEDH descarta el argumento planteado por el gobierno belga al respecto, señalando, de forma un tanto incomprensible, que teniendo en cuenta todas las pruebas disponibles sobre el trato que reciben los solicitantes de asilo en Grecia, correspondía a las autoridades belgas informarse sobre la aplicación que realizaban las autoridades griegas de su legislación de asilo, y que, además, el hecho de que haya gran cantidad de solicitantes de asilo en la misma situación que el demandante, no implica que el riesgo de sufrir tratos contrarios al CEDH no pueda considerarse individualizado. La mezcla de argumentos sobre lo que debe probarse y quién debe probarlo provoca cierta confusión en cuanto a la argumentación del TEDH, que quizás habría resultado menos forzada si el Tribunal se hubiera limitado a indicar que el demandante formaba parte de un grupo de riesgo y que, como tal, debía ser protegido frente a una expulsión que pudiera ser contraria al artículo 3 CEDH.

Independientemente de ello, el TEDH salvaba claramente todas las dudas probatorias que planteaba el caso, declarando que Bélgica había vulnerado el artículo 3 CEDH al trasladar a Grecia al demandante por los dos motivos alegados, esto es, por exponerle a las terribles condiciones de detención y

⁵⁸ En este sentido, entre otros: STEDH, as. *Sultani vs. Francia*, de 20.9.2007. Sobre esta cuestión, ver: CLÉMENT, H., op. cit., pp. 28 y ss; WOUTERS, K., op.cit., pp. 248 y ss.

⁵⁹ En este sentido, entre otros muchos: SSTEDH, as. *Koktysh vs. Ucrania*, de 10.12.2009; as. *Soltana vs. Italia*, de 24.3.2009; as. *Ben Salah vs. Italia*, de 24.3.2009; as. *NA vs. Reino Unido*, de 17.7.2008; as. *Saadi vs. Italia*, de 28.2.2008.

⁶⁰ En este sentido, especialmente: STEDH, as. *F.H. c. Suecia*, de 20.1.2009.

de acogida de los solicitantes de asilo en Grecia y por exponerle a la deficiente tramitación de las solicitudes de asilo en ese país, que podrían derivar en su expulsión, sin una suficiente valoración de sus quejas, hacia un tercer país en el que podría sufrir tratos contrarios al Convenio. El TEDH sentaba así un precedente, llamado a transformar la forma en que los Estados miembros de la UE aplican el sistema de Dublín y también las prácticas habituales de muchos Estados parte del CEDH en lo que se refiere a la transferencia de responsabilidades sobre el examen de solicitudes de asilo a terceros Estados considerados seguros⁶¹.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

El asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia* se ha convertido ya en uno de los asuntos más relevantes del año judicial del TEDH. Las novedades que ha introducido en materia de asilo no pasarán desapercibidas para los solicitantes de asilo, los sistemas de asilo de los Estados parte del CEDH y, sobre todo, para la política de asilo de la UE. La argumentación del TEDH en este caso ha sido especialmente innovadora en lo referido a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, a la configuración del procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo, y a las obligaciones que incumben a los Estados parte en lo que se refiere a la expulsión de solicitantes de asilo a otros Estados parte del CEDH, especialmente si actúan como Estados intermediarios en un proceso de *refoulement* en cadena. Dada la práctica cada vez más habitual de los Estados en esa línea y la existencia de un instrumento jurídico, adoptado en el seno de la UE, que ha permitido el traslado de un número importantísimo de solicitantes de asilo entre Estados miembros de la UE⁶², las consecuencias de la jurisprudencia *M.S.S* no tardarán en llegar. De hecho, parece claro que el propio TEDH comienza a sufrir ya esas consecuencias, en la medida en que, según datos proporcionados por la propia oficina de prensa del Tribunal, en la actualidad están pendientes ante el Alto Tribunal unos 960 asuntos en los que se cuestiona la aplicación del

⁶¹ Así, por ejemplo, en el ámbito de la UE, llama la atención la utilización que realiza la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1.12.2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, del concepto de *tercer país de seguro*, que establece una suerte de presunción de «seguridad» sobre ciertos países de los que puedan ser originarios o por los que hayan viajado los solicitantes de asilo; presunción que podría ser difícil de congeniar con la jurisprudencia sentada por el TEDH en *M.S.S*. Sobre los problemas que plantea este concepto, ver: ACNUR, Carta del Alto Comisionado Ruud Lubbers al Presidente *del Consejo de la Unión Europea Silvio Berlusconi* y *Memorandum del ACNUR sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las normas mínimas sobre el procedimiento de concesión y retirada del estatuto de refugiado en los Estados miembros*, noviembre de 2003; ACNUR, *Observaciones del ACNUR acerca de la propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado* [COM (2000) 578 final], de julio de 2001.

⁶² Para aproximarse a las cifras exactas, ver: Anexo al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación del sistema de Dublín, Documento de trabajo de la Comisión, SEC (2007) 742.

sistema de Dublín realizada por las autoridades de los Países Bajos, Finlandia, Bélgica, Reino Unido y Francia⁶³.

A pesar de lo asombroso de estas cifras, parece claro que la sentencia del TEDH no ha hecho sino recoger parte de los déficits del sistema de Dublín que ya habían sido identificados por las propias instituciones europeas y por otros organismos internacionales. Desde hace años, el ACNUR viene poniendo de relieve que la lógica interna del sistema de Dublín se quiebra debido a la existencia de estándares de protección de los solicitantes de asilo muy diversos en los Estados miembros de la UE. De forma casi premonitoria, el ACNUR ha advertido que esas diferencias podían provocar que el sistema ocasionara un descenso en las garantías reconocidas a los solicitantes de asilo, que podrían verse negado un acceso efectivo a un procedimiento de determinación de su estatuto, en el caso de que se produjera su traslado a un Estado miembro que no respetara las condiciones exigidas por la Convención de Ginebra, el CEDH y el resto de instrumentos aplicables en la materia⁶⁴. En concreto, a partir del año 2008, el ACNUR alertaba de que la situación de los solicitantes de asilo en Grecia era tan dramática que su traslado desde otros Estados en aplicación del Reglamento Dublín II conduciría a la negación de la protección que les concede la Convención de Ginebra⁶⁵. Sin apuntar en ninguna dirección concreta, la propia Comisión Europea subrayaba también, en su evaluación sobre el funcionamiento del sistema de Dublín, que la aplicación del Reglamento estaba provocando situaciones de especial presión en los sistemas de asilo y las capacidades de recepción de algunos Estados miembros, que se estaban traduciendo en una insuficiente protección de los solicitantes de asilo en esos Estados⁶⁶. Parecía claro así que la actual configuración del sistema de Dublín y, sobre todo, su aplicación automática por algunos Estados miembros, eran ya objeto de preocupación antes de la sentencia M.S.S.

Sin embargo, ese hecho no puede hacernos olvidar que una reconfiguración del sistema de Dublín, que permita acomodar las exigencias derivadas del CEDH y de la Convención de Ginebra con la lógica del actual sistema,

⁶³ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Unité de Presse, Fiche thématique «Affaires Dublin», enero de 2011.

⁶⁴ Es de destacar la posición del ACNUR en la materia: ACNUR, Comentarios del ACNUR sobre la *Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos para la 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 por un apátrida («Dublín II»)* (COM[2008] 820, de 3 de diciembre de 2008), de 18.3.2009; ACNUR, *Reglamento de Dublín II: Proposición del ACNUR*, abril de 2006.

⁶⁵ Sobre la posición de ACNUR en relación con Grecia, ver: ACNUR, *Posición de ACNUR sobre el retorno de solicitantes de asilo a Grecia en el marco del Reglamento de Dublín*, de 15.4.2008; ACNUR, «Observaciones sobre Grecia como un país de asilo», de diciembre de 2009.

⁶⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación del sistema de Dublín, COM (2007) 299 final, SEC (2007) 742; Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo, COM (2007) 301.

parece cada vez más necesaria. En ese sentido, resulta especialmente reseñable la propuesta de modificación del Reglamento de Dublín presentada por la Comisión Europea en el año 2008. En esa propuesta se sugería, entre otros aspectos, introducir un procedimiento que permitiera suspender los traslados del sistema de Dublín hacia un Estado miembro en casos de especial presión sobre sus capacidades de acogida y absorción o en casos en los que existiera un temor de que los solicitantes de asilo trasladados no fueran a disfrutar en el Estado miembro de una protección adecuada, especialmente en lo referido a las condiciones de acogida y de acceso al procedimiento de asilo⁶⁷. Esta propuesta de la Comisión, que todavía no ha sido aprobada por el Parlamento y el Consejo, parece especialmente adecuada para suplir las deficiencias en el sistema de Dublín identificadas por el asunto *M.S.S.*, y su aprobación parece cada vez más urgente ya que sólo un sistema como el propuesto por la Comisión lograría, al mismo tiempo, mantener parte del automatismo del actual sistema de Dublín y garantizar el respeto de los derechos de los solicitantes de asilo.

⁶⁷ Ver el artículo 31 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, presentada por la Comisión Europea, el 3.12.2008, COM/2008/820/FINAL.