

TEDH- SENTENCIA DE 21.01.2011(GRAN SALA), M.S.S.
C. *BELGICA Y GRECIA*, 30696/09- «ARTICULOS 3 Y 13
CEDH- PROHIBICIÓN DE TORTURA Y PENAS O
TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES-
REGLAMENTO (CE) N° 343/2003 DE DETERMINACIÓN
DEL ESTADO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA
SOLICITUD DE ASILO (*DUBLÍN II*)»

EL FUNCIONAMIENTO EFECTIVO DE LA POLÍTICA
EUROPEA DE ASILO ANTE LA GARANTÍA DEL
DERECHO A NO SUFRIR TRATOS INHUMANOS O
DEGRADANTES DEL CEDH

SÍLVIA MORGADES GIL*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA SENTENCIA.
 - 1. LOS HECHOS DEL CASO.
 - 2. M.S.S. CONTRA GRECIA.
 - 3. M.S.S. CONTRA BÉLGICA.
- III. EL SISTEMA DE DUBLÍN ANTE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL TEDH.
 - 1. LA LEGITIMIDAD DE LA TRANSFERENCIA DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ASILO ENTRE ESTADOS: LOS ANTECEDENTES *T.I. c. U.K.* Y *K.R.S. c. U.K.* ANTE EL TEDH.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.

2. LAS CONSECUENCIAS DE M.S.S. c. GRECIA Y BÉLGICA PARA EL MECANISMO DE DUBLÍN: LA CLÁUSULA DE SOBERANÍA COMO GARANTÍA DEL SISTEMA.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTENIDO MÍNIMO DE LA ACOGIDA DE LOS DEMANDANTES DE ASILO A PARTIR DEL ARTÍCULO 3 CEDH.

1. UN ELEMENTO CLAVE: LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO.
2. FRANQUEAR EL UMBRAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS CON LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO A UNA SUBSISTENCIA DIGNA DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN EUROPA.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El primer instrumento del que se dotaron los Estados miembros de la Unión Europea respecto del asilo con el fin de realizar efectivamente el objetivo común de un espacio sin fronteras interiores en que se asegurara la libre circulación de personas fue el Convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 1990¹. Con el Tratado de Ámsterdam, la libre circulación de perso-

¹ *Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. Este Convenio entró en vigor el 1 de septiembre de 1997. *BOE* núm. 183, de 1 de agosto de 1997, pp. 23598-23604 [Véanse al respecto, BRUSCHI, C., «Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix», *Migrations Société*, vol. 2, nº 12, 1990, pp. 56-64; STEFANINI, P., DOUBLET, F., «Le droit d'asile en Europe: la Convention relative à la détermination de l'état responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un état membre des communautés européennes», *RMC*, nº 347, 1991, p. 391-399]. Este Convenio retomaba con una regulación prácticamente igual (las negociaciones fueron paralelas, como lo demuestra que fueran adoptados con tan sólo cuatro días de diferencia) el Capítulo VII «Responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo» del *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990* [*BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994, pp. 10390-10422 (Corrección de errores, *BOE* núm. 85, de 9 de abril de 1994, p. 10884)]. Puesto que toda la dinámica Schengen dependía y se subordinaba al sistema jurídico comunitario (*cooperación reforzada* de facto), la entrada en vigor del Convenio de Dublín comportó el cese en la aplicación del Capítulo VII del Convenio de Schengen: *Protocolo relativo a las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen* firmado en Bonn el 26 de abril de 1994, *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 1997, pp. 21089-21090.

nas se encuadró en el objetivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y la atribución de competencias por parte de los Estados a la Comunidad Europea para adoptar medidas para una incipiente política de asilo europea comportó la sustitución del Convenio por un Reglamento comunitario². Así, el Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003³ (también conocido como *Dublín II*) se basa en los mismos principios y objetivos que el Convenio, aunque comporta algunos cambios afín de intentar acabar con algunas disfuncionalidades de éste⁴.

El objetivo principal del sistema *Dublín* es identificar qué Estado debe hacerse cargo de cada uno de los demandantes de asilo presentes en el territorio de los Estados que participan en él y examinar su petición para, así, evitar dos situaciones que se consideran distorsionantes en un espacio sin fronteras interiores: la presentación de múltiples demandas de asilo bajo la misma o diferentes identidades en diferentes Estados miembros; y los demandantes de asilo *en órbita*, a quienes ningún Estado admite ni acepta tramitar su solicitud porque se considera que existe en su caso un *primer país de asi-*

² En la actualidad esta competencia se encuentra en el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

³ Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, *DOUE*, L 50, de 25.02.2003, pp. 1-10. El Reino Unido e Irlanda notificaron su intención de participar en su adopción y aplicación; y Dinamarca, Suiza, Noruega e Islandia también participan en el sistema tras la conclusión de acuerdos internacionales al efecto.

⁴ COLLYER, M., «The Dublin Regulation, Influences on Asylum Destinations and the Exception of Algerians in the UK», *JRS*, vol. 17, n°. 4, 2004, pp. 379-380. El desarrollo de la cooperación administrativa entre los Estados comportó la adopción de un nuevo reglamento en dónde se prevén procedimientos de asunción de responsabilidad, para la ejecución de los traslados, reglas para la aplicación de la cláusula humanitaria y el establecimiento de *DubliNet*, una red para la transmisión electrónica segura de datos: Reglamento (CE) N° 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, *DOUE*, L 222, de 05.09.2003, pp. 3-23. La aplicación del Reglamento *Dublín II* está vinculada, por otra parte, a la puesta en funcionamiento de EURODAC, que comporta la toma de huellas dactilares de demandantes de asilo y la transmisión de datos entre los Estados miembros: Reglamento (CE) N° 2725/2000 del Consejo de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, *DOCE*, L 316, de 15.12.2000, pp. 1-10; y Reglamento (CE) No 407/2002 del Consejo de 28 de febrero de 2002, *DOCE* L 62, de 5.3.2002, pp. 1-5.

lo o un *tercer estado seguro* donde se podría haber presentado una solicitud de protección. El Reglamento Dublín II establece una serie de criterios objetivos y jerarquizados, basados en el *principio de autorización*⁵, que se aplican teniendo en cuenta la situación existente al presentarse por primera vez una demanda de asilo⁶. El sistema se completa con dos disposiciones que permiten una cierta flexibilidad: la *cláusula humanitaria*, que permite a un Estado hacerse cargo de una demanda de asilo para reagrupar a los miembros de una familia o por causas de vulnerabilidad o dependencia⁷; y la *cláusula de soberanía*, que permite a un Estado hacerse cargo de cualquier demanda de asilo que le sea presentada⁸. Discutido en cuanto a su eficacia real, el sistema de Dublín se encuentra desde 2008 sometido a un procedimiento de revisión para la mejora de su aplicación⁹.

La Sentencia *M.S.S. contra Grecia y Bélgica* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de enero de 2011¹⁰ resuelve un asunto en

⁵ HURWITZ, A., «The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment», *IJRL*, vol. 11, n° 4, 1999, p. 648.

⁶ Estos criterios establecen una atribución de la función de asilo (*responsabilidad* de examinar una demanda, en terminología *Dublín*) preferentemente a un Estado según: (1) el respeto de la unidad familiar (al Estado en dónde se encuentre un miembro de la familia nuclear como refugiado o como demandante de asilo); (2) la autorización de la residencia (al Estado que ha emitido una autorización de residencia o, subsidiariamente, un visado); (3) la negligencia en el control fronterizo o la estancia ilegal; (4) la permisividad en la entrada en el territorio (no exigencia de visado); (5) las reglas de cierre del sistema (al Estado en que se haya presentado una solicitud de asilo, incluso si se presenta en zona de tránsito internacional). Artículos 7-13 del Reglamento (CE) N° 343/2003. La fórmula adoptada permite también evitar la circulación secundaria de los demandantes de asilo y el llamado *asylum shopping*, es decir, que los demandantes de asilo, una vez en la Unión Europea, puedan trasladarse hacia otros Estados en dónde presuman que tendrán más oportunidades de obtener asilo, de ser protegidos, serán mejor acogidos, o tendrán más oportunidades de integrarse.

⁷ Artículo 15 del Reglamento (CE) N° 343/2003.

⁸ Artículo 3.2 Reglamento (CE) N° 343/2003.

⁹ *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación del sistema de Dublín*, COM (2007) 299 final de 6.6.2007, donde se puso de manifiesto que sólo un 2.8% de los solicitantes de asilo era transferido a otro Estado en aplicación del Reglamento de Dublín; y *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*, COM (2008) 820 final, 3.12.2008.

¹⁰ TEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 de enero de 2011.

que se tuvo que valorar el funcionamiento efectivo de la política de asilo de la Unión Europea, su conformidad con los derechos humanos, y la capacidad y efectividad de los mecanismos de la UE para hacer frente a situaciones de violación por parte de un Estado miembro del Derecho de la Unión¹¹. Por una parte, se puso en cuestión la aplicabilidad objetivada y *quasi* automática de los criterios de atribución de responsabilidad de examinar una demanda de asilo; y, por otra, se desarrolló la idea de que los demandantes de asilo que se encuentran en un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) tienen derecho a unas condiciones de existencia digna en virtud del artículo 3 del mismo que prohíbe someter a alguien a tratos inhumanos o degradantes.

II. LA SENTENCIA

1. LOS HECHOS DEL CASO

El demandante, M.S.S, nacional afgano, huyó de Kabul a través de Irán y Turquía, y entró en el espacio *Schengen* por Grecia en dónde sus impresiones digitales fueron tomadas el 7 de diciembre de 2008. Llegó por Francia hasta Bélgica, y presentó en este país una demanda de asilo el 10 de febrero de 2009. El 19 de mayo, tras haber transcurrido el plazo de dos meses para que Grecia respondiese la petición de toma a cargo formulada por Bélgica en aplicación del Reglamento (CE) 343/2003 *Dublín II*, el *Office des étrangers* belga entendió que Grecia aceptaba por silencio positivo su responsabilidad para con el demandante, emitió una decisión de rechazo de estancia con orden alejamiento, y procedió a la detención de M.S.S. en un centro para extranjeros ilegales. Tras un primer intento de expulsión, finalmente, el demandante fue trasladado a Grecia el 15 de junio de 2009 sin que el segundo recurso de anulación de la orden de alejamiento hubiese sido resuelto. Entretanto, el 4 de junio Grecia emitió un documento por el que aceptaba tomar a cargo el demandante de asilo. A su llegada, M.S.S fue detenido durante 3 días en el aeropuerto y posteriormente se le documentó como demandante de asilo. El 2 de julio, el TEDH dictó medidas cautelares ante Grecia para que M.S.S. no fuese expulsado hacia Afganistán, ya que las autoridades griegas

¹¹ El TJUE había declarado el incumplimiento de Grecia por no haber transpuesto la Directiva de acogida casi cuatro años antes de la sentencia del TEDH [TJUE, Sentencia de 19.4.2007, *Comisión /Grecia*, C-72/06, *Rec.* 2007, p. I-57].

no contestaron peticiones de información sobre el estado del demandante en el plazo establecido. El demandante intentó por dos veces huir de Grecia debido a las condiciones de indigencia en que tenía que vivir, lo que comportó una detención de siete días en el centro del aeropuerto donde se frustró la primera tentativa de huida, y una condena a tres meses de prisión.

2. M.S.S. CONTRA GRECIA

El TEDH consideró a Grecia responsable (A) de violación del artículo 3 CEDH por las condiciones de detención del demandante; (B) de violación del artículo 3 CEDH por las condiciones de existencia de M.S.S. en ese país; y (C) de violación del artículo 13 CEDH combinado con los artículos 2 y 3 por las deficiencias en el procedimiento de asilo.

A. Tras recordar tres sentencias anteriores en que Grecia fue condenada por hechos similares, el TEDH estableció que los dos períodos de detención sufridos por M.S.S. en el aeropuerto de Atenas constituían violación del artículo 3 CEDH. Para ello tuvo en cuenta los informes del Comité para la Prevención de la Tortura, el ACNUR, Amnistía Internacional y *Médecins sans frontières*, coincidentes al describir unas condiciones de detención inhumanas; y la *vulnerabilidad específica* de M.S.S. *inherente a su condición de demandante de asilo*¹².

B. En segundo lugar, el TEDH consideró que las condiciones de existencia de M.S.S. en Grecia desde junio de 2009 alcanzaron el umbral de gravedad del artículo 3 CEDH. La cuestión clave de este apartado de la sentencia es que el TEDH hace responsables a las autoridades griegas de una «situación» de *indigencia material extrema* en que se encontró el demandante mientras estaba en libertad.

C. Por lo que se refiere a la tercera alegación examinada, el TEDH consideró que la situación general de los procedimientos de asilo era deficitaria y que las carencias del sistema habían afectado a la accesibilidad en la práctica de un recurso para M.S.S. y, así, a su efectividad¹³. EL TEDH no se pronunció sobre si Grecia incurriría en violación del artículo 3 si M.S.S. fuese

¹² *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §232, 21 de enero de 2011.

¹³ En concreto, se consideró que la falta de vías de comunicación entre las autoridades y los demandantes, especialmente en el caso de las personas sin residencia conocida, hacían que la posibilidad para el demandante de conocer el resultado de su petición y poder presentar recurso sin que se agotase el plazo para ello fuese *aleatoria*. *Ibidem*, §318.

alejado hacia su país de origen (directa o indirectamente a través de Turquía) como alegación autónoma, lo que supone una aplicación rigurosa del principio de subsidiariedad¹⁴. Aún así, en un pasaje de la sentencia se afirma abiertamente que existe un riesgo de que el demandante sea sometido a un *refoulement de facto* antes de que las autoridades emitan una decisión sobre el fondo¹⁵.

3. M.S.S. CONTRA BÉLGICA

El TEDH consideró que Bélgica había incurrido en violación (A) del artículo 3 CEDH por haber expuesto al demandante a los riesgos que resultaban de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia; (B) del artículo 3 CEDH por haber expuesto al demandante a condiciones de detención y de existencia contrarias al artículo 3 CEDH en ese mismo país; y (C) del artículo 13 combinado con el artículo 3 CEDH por la falta de un recurso efectivo contra la orden de expulsión.

A. La constatación por parte del TEDH de que Bélgica había incurrido en una violación del artículo 3 CEDH por el traslado del demandante a Grecia en aplicación del sistema de *Dublín II* es el aspecto con más trascendencia jurídica y política de la sentencia, al tratarse de dos Estados igualmente partes en el CEDH, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, y vinculados por el Reglamento (CE) 343/2004.

En primer lugar, el TEDH recordó la doctrina de la sentencia *Bosphorus* según la cual los Estados continúan siendo responsables ante violaciones del

¹⁴ En este caso la alegación de violación del artículo 3 por la posible expulsión al país de origen se considera *defendible* por lo que se examina la violación del artículo 13 en relación con este artículo. En otros casos, el TEDH tampoco ha examinado antes que el artículo 13 la posible violación del derecho respecto del cual se alega que no se ha dispuesto de un recurso efectivo. Ninguno de ellos es similar, no obstante, al caso *M.S.S.* en el sentido de que en ninguno el riesgo de violación era real y actual en el momento de dictar sentencia. Así, en el caso *Gebremedhin contra Francia*, el TEDH consideró violado el derecho a un recurso efectivo del artículo 13 CEDH en relación con el artículo 3, aunque no había examinado las alegaciones de violación de este último artículo en caso de alejamiento la país de origen debido a que, en el momento de dictarse sentencia, Gebremedhin hacía más de dos años que gozaba del estatuto de refugiado en Francia; *Gebremedhin c. France*, nº 25389/05, §56, 26 abril 2007.

¹⁵ «Au moins aussi préoccupants aux yeux de la Cour sont les risques que le requérant encourt *de facto* d'être refoulé avant toute décision sur le fond»; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §349, 21 de enero de 2011.

CEDH por los actos y omisiones de sus órganos derivados de sus compromisos internacionales incluso si éstos surgen de transferencias de competencias a una Organización internacional. Una medida de ejecución de estos compromisos será considerada por el TEDH como justificada si la organización de la que provienen «confiere a los derechos fundamentales una protección como mínimo equivalente a la que garantiza el Convenio»¹⁶. Ello no obstante, los Estados continúan siendo plenamente responsables por los actos que no se derivan *estrictamente* de sus obligaciones internacionales, es decir, en aquellos casos en que conservan un *poder de apreciación*¹⁷. En M.S.S contra Bélgica y Grecia, el TEDH consideró que el hecho de que el artículo 3.2 del Reglamento 343/2003 *Dublín II* previese una cláusula discrecional de derogación del sistema de transferencia de demandantes de asilo por la que Bélgica podía asumir el tratamiento de una demanda de asilo aunque no fuese responsable según los criterios establecidos, hacía que la medida litigiosa adoptada por las autoridades belgas no se derivara estrictamente de las obligaciones jurídicas internacionales que vinculan a Bélgica y que, por ello, la presunción de protección equivalente no se aplicara al caso¹⁸.

Sobre el fondo de la cuestión, el TEDH consideró que Bélgica hubiese tenido que valorar si la aplicación en la práctica de la legislación griega de asilo llevaba a constatar que existía un riesgo real y personal de que el demandante fuese sometido a tratos contrarios al Convenio.

B. El TEDH también consideró responsable a Bélgica de violación del artículo 3 por la expulsión de M.S.S. hacia Grecia por las condiciones de detención y de existencia allí sufridas.

C. Finalmente, la sentencia M.S.S. consideró violado el artículo 13 CEDH por parte de Bélgica por el contenido y la falta de disponibilidad en la práctica de los recursos previstos. Para el TEDH, el examen de las alegaciones tiene que ser *completo*, y ello no se cumplió en el caso porque las autoridades se limitaban a verificar si el demandante había aportado una prueba concreta del perjuicio irreparable que podía resultar de la violación potencial del

¹⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda* [GC], nº 45036/98, §155, 30 junio 2005, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI. Esta presunción sólo podría refutarse si resultara del caso que la protección de los derechos garantizados por el CEDH es *manifiestamente insuficiente*. *Ibidem*, §156.

¹⁷ *Ibidem*, §157; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §338, 21 de enero de 2011.

¹⁸ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §340, 21 de enero de 2011.

artículo 3, haciendo así más pesada la carga de la prueba en proporciones tales que impedían un examen del fondo del riesgo de violación alegada¹⁹.

La sentencia terminó con conclusiones acerca del artículo 46 CEDH, sobre el comportamiento que Grecia debía tener para con el demandante de asilo; y del artículo 41, sobre daños morales, gastos e intereses²⁰.

III. EL SISTEMA DE DUBLÍN ANTE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL TEDH

Grecia es uno de los países de la frontera sur de la Unión Europea que sufre una presión migratoria más intensa. En el 2008, año en que el demandante entró en la Unión Europea, Grecia fue el quinto país de la misma en recibir un mayor número de demandas de asilo (tras Francia, Italia, Suecia y Alemania)²¹. Además, los datos estadísticos muestran unos resultados con bajos niveles de protección en este país²².

1. LA LEGITIMIDAD DE LA TRANSFERENCIA DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ASILO ENTRE ESTADOS: LOS ANTECEDENTES *T.I. C. U.K.* Y *K.R.S. C. U.K.* ANTE EL TEDH

El sistema *Dublín* parte de la idea de que las demandas de asilo presentadas en un Estado que forma parte del espacio europeo de libertad de circulación deberán ser examinadas sólo en uno de ellos y que los demás rechazarán una nueva demanda de asilo presentada por una persona a quien ya se ha denegado una petición de protección. Es decir, se establece un criterio de

¹⁹ *Ibidem*, §389.

²⁰ *Ibidem*, §§ 398-424.

²¹ Es el cuarto país con mayor número de demandantes en relación con su población (tras Malta, Suecia y Austria); UNHCR, *Asylum levels and Trends in Industrialized Countries* 2010, 28 marzo 2011, pp.10 y 15.

²² Así, por ejemplo, mientras que el porcentaje de protección concedida en Grecia para demandantes de asilo afganos en 2010 era del 8%, la media de protección en el resto de la UE para este mismo colectivo fue del 45 %. Este dato, junto con otros para somalíes o iraquíes pone de manifiesto que la aproximación griega a la interpretación de las figuras de protección no se ajusta a los estándares interpretativos de otros Estados; UNHCR, *Asylum situation in Greece, including for Dublin II transferees*, 31 de enero de 2011. Por otra parte, estarían pendientes de resolución más de cincuenta y cinco mil demandas de asilo en Grecia a finales de 2010; ACNUR *Tendencias Globales 2010*, www.unhcr.org.

reconocimiento mutuo de las resoluciones de denegación de protección, que pasan a tener efectos extraterritoriales. Este sistema se fundamenta en el presupuesto de que los Estados participantes son Estados seguros los unos respecto de los otros y en el reconocimiento mutuo implícito de la equivalencia de los estándares de protección y de las garantías de los procedimientos de tramitación de las demandas de asilo.

El principio por el que las peticiones de asilo serán examinadas sólo por un Estado no está configurado como absoluto. En todos los instrumentos en que se ha basado el llamado sistema *Dublín* se ha previsto una cláusula escapatoria, conocida como *de soberanía*, que permite a los Estados ante quienes se presenta una demanda de asilo aceptar su tramitación aunque no sean «responsables» según los criterios establecidos, o aunque otro Estado ya haya examinado la misma solicitud. La actualización de esta cláusula para ejercer la función de asilo es (en principio) una decisión discrecional del Estado²³.

El hecho de que los Estados se coordinen entre sí, y que un demandante de asilo sólo pueda tener una única oportunidad de que su solicitud sea examinada en un sistema ordenado de transferencias entre Estados como el de *Dublín* no supone formalmente una violación de la Convención de Ginebra de 1951 o del principio de *non-refoulement*²⁴. Aún así, un problema de legitimidad se plantea cuando uno de estos Estados no respeta el contenido de tratados de protección de los derechos humanos de los que todos son partes, estándares internacionales en materia de Derecho de asilo, o cuando aplica formas de protección menos garantistas y ello afecta de forma determinante

²³ UNHCR *Information Note on National Practice in the Application of Article 3 (2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece*, Bruselas, 16 de junio de 2010. Sobre la ausencia de criterios generales o política de uso de estas cláusulas, HURWITZ, A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, OUP, Oxford, 2009, pp. 102-111.

²⁴ El artículo 33 de la Convención de Ginebra no excluye el rechazo hacia países *seguros* [«Ningún estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, su religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas./ 2. (...)»]. Además, un sistema como el de *Dublín* se configura *teleológicamente* para una *aplicación más eficaz* del Convenio de Ginebra; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de *Dublín*: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, vol. 20, nº 1, 1993, p. 58. Sobre el concepto de país seguro, TEITGEN-COLLY, C., «Le concept de pays sûr», *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 525-576.

a la probabilidad de obtener asilo. Las dos cuestiones principales que se suscitan son: quién determina que no se respetan las obligaciones internacionales, y qué consecuencias debería tener en sistemas como el de *Dublín* que se fundamenta en ese respeto.

Por lo que se refiere al cumplimiento de la Convención de Ginebra de 1951, algunas jurisdicciones internas de los Estados han ejercido ese control cuando se impugna el traslado de un demandante de asilo a un Estado seguro. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Adan, Subaskaran y Aitseguer* en que la House of Lords británica consideró que la definición de refugiado de la Convención de Ginebra tenía una interpretación autónoma correcta a la que no se ajustaba la que aplicaban dos Estados europeos, y que el cumplimiento por parte del Reino Unido de sus compromisos internacionales exigía no transferir a los demandantes de asilo a esos Estados por riesgo de *refoulement indirecto*²⁵. Así, se ponía de relieve que los Estados participantes en el sistema *Dublín* podían ser *no seguros* para algunos demandantes de asilo.

Por su parte, el TEDH se enfrentó por primera vez a la cuestión de si los Estados miembros del sistema de *Dublín* tenían que examinar el riesgo de violación de los derechos del CEDH que correría un demandante de asilo en caso de transferencia a un Estado parte en el sistema en la decisión de admisibilidad sobre el caso *T.I. contra el Reino Unido*. El TEDH consideró, desde una perspectiva *empírica*²⁶, que los Estados continuaban siendo responsables por las consecuencias de medidas de expulsión tomadas por ellos, que el *refoulement* indirecto hacia un Estado parte no alteraba esa responsabilidad, y que el Reino Unido no podía «apoyarse automáticamente (...) en los compromisos establecidos en la Convención de *Dublín*»²⁷. Además, esta ju-

²⁵ House of Lords, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan; R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, *IJRL*, vol. 13, nº1/2, 2001, p. 202-229. El argumento del riesgo de *asylum shopping* a favor del Reino Unido fue contrareestado al considerarse que ello no justificaba una aplicación *injusta* de la Convención de Ginebra.

²⁶ NOLL, G., «Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law», *NJIL*, vol. 70, nº 1, 2001, p. 180.

²⁷ *T.I. v. the United Kingdom* (déc.), nº 43844/98, §456-457, CEDH 2000-III. En el caso T.I se consideró que la demanda era inadmisibile porque el sistema de asilo de Alemania, país al que el demandante podía ser transferido, aunque no aplicaba una interpretación de la noción de *persecución* de la definición de refugiado que incluyera aquélla en que no participa el Estado, garantizaba que T.I. beneficiaría de una protección subsidiaria si corría riesgo de tratos contrarios al artículo 3 en su país de destino. También *Stapleton c. Irlanda* (déc.), nº 56588/07, § 30, 4 de mayo de 2010.

risprudencia fue confirmada en *K.R.S. contra el Reino Unido*, en que precisamente se trataba del traslado de un demandante de asilo iraní a Grecia por parte de las autoridades británicas en aplicación del Reglamento *Dublín II*. Entonces el TEDH consideró que cabía presumir que Grecia respetaría las obligaciones que le imponían las directivas comunitarias sobre procedimientos de asilo, así como el artículo 3 del CEDH²⁸.

La justificación del cambio operado por *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* en relación con esta última sentencia se apoyó: en primer lugar, en los numerosos informes de entidades solventes que de forma coincidente alertaban acerca de las graves deficiencias del sistema de asilo griego y de las condiciones inhumanas en que los demandantes sobrevivían en el país y, en particular, en la carta del ACNUR dirigida a la ministra belga en materia de inmigración de abril de 2009 en dónde se recomendaba la suspensión de los traslados a Grecia²⁹. Y, en segundo lugar, en que el sistema *Dublín* había entrado en una fase de reformas que incluía la posible suspensión de los traslados si no se podía garantizar un nivel suficiente de protección de los derechos humanos en el país de destino³⁰.

2. LAS CONSECUENCIAS DE *M.S.S. c. GRECIA Y BÉLGICA* PARA EL MECANISMO DE DUBLÍN: LA *CLÁUSULA DE SOBERANÍA* COMO GARANTÍA DEL SISTEMA

La consecuencia principal de la sentencia *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* para el sistema de transferencia de demandantes de asilo *Dublín II* es que el uso la cláusula de soberanía del artículo 3.2 del Reglamento (CE) N° 343/2003 ha dejado de poder ser entendida como enteramente discrecional para convertirse en la garantía del cumplimiento de determinadas garantías bási-

²⁸ *K.R.S. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 32733/08, § I.B, 2.12.2008. El TEDH consideró ya el uso de la cláusula de soberanía de una forma que se confirma en *M.S.S.*: «(...) if Greece were to recommence removals to Iran, the Dublin Regulation itself would allow the United Kingdom Government, if they considered it appropriate, to exercise their right to examine asylum applications under Article 3.2 of the Regulation».

²⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, §349, 21 de enero de 2011. También, *UNHCR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece Under the «Dublin Regulation»*, 15 de abril de 2008. Que las informaciones pertinentes fuesen tan concluyentes en el momento de los hechos es lo que discute precisamente en *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, Opinión partiellement dissidente du Juge Bratza, 21 enero 2011.

³⁰ COM (2008) 820 final, *loc. cit.*, 3.12.2008, artículo 31.

cas (*non-refoulement*, acogida y detención en condiciones de dignidad —artículo 3 CEDH—; derecho de acceso a un procedimiento y a recursos efectivos —artículo 13 CEDH—)³¹. Las autoridades encargadas de tramitar y resolver los correspondientes recursos acerca de las demandas de asilo en los Estados que forman el espacio *Dublín* no pueden adoptar una dinámica de aplicación automática de los criterios de responsabilidad, si no que deberán realizar un examen sustantivo de las solicitudes para comprobar en cada caso si el Estado de destino es seguro: ha aceptado la transferencia, proporciona una protección adecuada, y aplica los estándares vigentes de protección de los derechos humanos³². La cláusula de soberanía constituye así un elemento clave para asegurar la legitimidad del sistema en la práctica. Se trata de un mecanismo de salida o *exit*³³ del sistema, incluido en un Reglamento de la Unión Europea, al que se ha dado un contenido que inicialmente no era el previsto.

³¹ En este sentido, también en Francia, la existencia de un derecho constitucional subjetivo al asilo para los «perseguidos a causa de su acción a favor de la libertad» [apartado 4 del Preámbulo de la Constitución de 1946 al que remite el de 1958] hizo que el Consejo Constitucional francés entendiese que la cláusula de soberanía tenía que usarse siempre en casos de solicitud de asilo para comprobar si la persona tenía derecho al *asilo constitucional* y por ello conceder un asilo provisional a todos los demandantes entretanto no se tomara una decisión sobre la solicitud. En la medida en que, precisamente, esto es lo que se pretendía evitar con el sistema *Dublín* (en ese caso, el del Convenio Schengen, idéntico al del Convenio Dublín), el gobierno francés consideró que ello hacía *inaplicable* el sistema y optó por reformar la Constitución (artículo 53-1) para incluir en ella la posibilidad de Francia de concluir acuerdos con Estados «con compromisos idénticos a los suyos en materia de asilo y de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales» [Conseil constitutionnel (Fr), decisión de 25 de julio de 1991, DC 91-294, *Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des états de l'Union Économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Recueil Dalloz. Sirey, B-45, 1991, p. 618-621].

³² En este sentido, el TEDH reafirma la primacía de los derechos humanos sobre consideraciones de eficacia del dispositivo Dublín, estableciendo el carácter refutable de una serie de presunciones de seguridad de los Estados miembros: MAIANI, F., NÉRAUDAU, E., «L'arrêt M.S.S./ Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011. De la détermination de l'Etat responsable selon Dublín à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux», *Revue du droit des étrangers*, 2011, n° 162, p. 8.

³³ Sobre el papel de los mecanismos *exit* y *voice* en la UE, WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo* (trad. M^a Á. Ahumada Ruiz y otros), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 23-25.

A una conclusión similar se llega en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos acumulados *N.S y M.E y otros*, en que se parte de la consideración de que el Estado miembro que ejerce la facultad de apreciación del artículo 3, apartado 2 del Reglamento nº 343/2003 «aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta (de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)»³⁴. En la Sentencia se establece que la presunción en que se basa el Sistema Europeo Común de Asilo y, así, el Reglamento *Dublín II* de que los demandantes de asilo reciben un trato en los Estados miembros conforme a la Carta, la Convención de Ginebra y el CEDH, es refutable sólo cuando haya razones fundadas para considerar que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta³⁵. En estos casos,

³⁴ TJUE, Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10, apartado 68. La Abogado General V. Trstenjak defendió en sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2011 en el caso *N.S.* que el Reglamento nº 343/2003 contenía un «régimen exhaustivo» para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo, con lo que el artículo 3.2 de dicho Reglamento también formaba parte de este régimen y las decisiones de los Estados al respecto debían ser consideradas como actos de aplicación del Derecho de la Unión «a efectos del artículo 51, apartado 1, de la Carta». Esta doctrina continúa ahora con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE la que el TJUE había ido desarrollando sobre que los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario en la aplicación que hagan de éste: Así, por ejemplo, Sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, *Rec.* p. 2633, apartados 19-20; de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.* p. I-2951, apartado 43; de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97, *Rec.* p. I-2760, apartado 37; de 27 de junio de 2006, *Parlamento/ Consejo*, C-540/03, *Rec.* p. I-5809, apartados 104-105 (en estos dos últimos casos, también se trataba de supuestos en que los Estados tenían un «amplio margen de apreciación» al aplicar el Derecho comunitario). Sobre esta cuestión, en relación con la Carta, MANGAS MARTÍN, A., «Artículo 51» en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, 817-818, y las explicaciones y recopilación de jurisprudencia en relación con el artículo 51 de ALONSO GARCÍA, R., SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Aranzadi, 2006, pp. 403-407. Para un comentario de la última de las sentencias citadas, CORTÉS MARTÍN, J.M., «TJCE. Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, nº 26, 2007, pp. 219-237.

³⁵ Cita textual de TJUE, Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10, Apartado 86.

el traslado de demandantes de asilo a ese Estado es incompatible con la Carta, lo que comporta que el Estado que ha recibido la solicitud de asilo esté obligado a proseguir el examen de los criterios del Reglamento para determinar si es posible determinar otro Estado responsable de examinar la demanda, sin perjuicio de la facultad que tiene en virtud del artículo 3.2 de examinarla él mismo, y de que le correspondería examinar la solicitud conforme a lo previsto en ese mismo artículo si la determinación del Estado responsable fuera a «prolongarse más allá de lo razonable», agravando una situación de vulneración de los derechos fundamentales³⁶.

La Sentencia del TEDH constituye un toque de atención a los Estados sobre el funcionamiento efectivo de la política europea de asilo. En ella no se aplica la doctrina *Bosphorus* porque existe un margen de discrecionalidad en poder de los Estados para cumplir con el CEDH sin vulnerar el Reglamento *Dublín II* (aunque quizás sí su espíritu) pero, de haberse aplicado, las contundentes apreciaciones del TEDH acerca de la situación de los demandantes de asilo en Grecia permiten aventurar que quizás en este caso se hubiese considerado que existía una *insuficiencia manifiesta* en la protección dispensada³⁷.

³⁶ *Ibidem*, §§107-108. La posición de la sentencia del TJUE en este punto es más matizada que la de las conclusiones de la Abogada general. En ellas, la Abogada General V. Trstenjak consideró que los Estados estarían obligados a ejercer el «derecho de intervención» previsto en el artículo 3.2 del Reglamento si en el Estado miembro en principio responsable existe riesgo de vulneración de los derechos fundamentales: Conclusiones de 22 de septiembre de 2011, C-411/10, *N.S. contra Secretary of State for the Home Department*, Punto 122; y Conclusiones de 22 de septiembre de 2011, *M.E y otros contra Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-493/10, Puntos 64-65. También se han planteado otras cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la cláusula de soberanía del sistema de Dublín: Petición planteada por el Hessischer Verwaltungsgerichtshof (Alemania) el 5 de enero de 2011, *Bundesrepublik Deutschland/Kaveh Puid*, C-4/11, *DOUE* 26.3.2011, N° C 95/3-4; y petición planteada por el Asylgerichtshof (Austria) el 23 de mayo de 2011 *K/Bundesasylamt*, C-245/11, *DOUE* 10.9.2011, N° C 269/21

³⁷ *Vide supra* nota a pie de página n° 16.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTENIDO MÍNIMO DE LA ACOGIDA DE LOS DEMANDANTES DE ASILO A PARTIR DEL ARTÍCULO 3 CEDH

1. UN ELEMENTO CLAVE: LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO

El TEDH ha establecido que la interpretación del mínimo de gravedad que debe alcanzar un maltrato para ser contrario al artículo 3 es *relativa* y depende del conjunto de circunstancias: de la duración del maltrato, de sus efectos físicos y psicológicos y, también, del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima o su condición como refugiado o demandante de asilo³⁸. La mayor vulnerabilidad de la víctima reduce el nivel de gravedad requerido en el maltrato para considerar que ha existido violación del artículo 3.

En la sentencia M.S.S. contra Bélgica y Grecia, el TEDH tuvo en cuenta la vulnerabilidad específica del demandante como solicitante de asilo en diversas ocasiones: al considerar violado el artículo 3 CEDH por parte de Grecia por las condiciones de detención sufridas por M.S.S.; y al considerar violado el artículo 3 CEDH, también por parte de Grecia, por las condiciones de existencia sufridas mientras el demandante estuvo en ese país³⁹. Es sin duda en este último caso en el que la apreciación cobra un sentido más innovador.

2. FRANQUEAR EL UMBRAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS CON LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO A UNA SUBSISTENCIA DIGNA DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN EUROPA

Ya en la sentencia *Riad e Idiab contra Bélgica*, el TEDH estableció que dos demandantes de asilo que habían sido «puestos en libertad» sufrieron tratos inhumanos y degradantes que alcanzaban el umbral de gravedad del artí-

³⁸ *S.D. c. Grèce*, nº 53541/07, §§45-53, 11 de junio de 2009. Esta cuestión se desarrolla en MORGADES GIL, S., «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RDCE*, nº 37, 2010, pp. 801-842. Que los demandantes de asilo tengan por su condición como tales una vulnerabilidad intrínseca es algo discutido: *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, Opinión partiellement concordante, partiellement dissidente du Juge Sajó, 21 de enero de 2011.

³⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §232 y §§251-263, respectivamente, 21 de enero de 2011.

culo 3 CEDH por el hecho de no haber obtenido de las autoridades bienes básicos que permitieran satisfacer sus necesidades esenciales. Pero la gran diferencia de este caso con *M.S.S* es que en la sentencia *Riad e Idiab* la «puesta en libertad» de los demandantes comportaba su confinamiento en la zona internacional de un aeropuerto, lo que fue considerado una detención contraria al artículo 5 CEDH⁴⁰. La novedad de la sentencia *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* radica en el hecho de que en este caso el demandante de asilo no se encontraba *de facto* en situación de privación de libertad.

En la sentencia del caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* la violación del artículo 3 por las condiciones de existencia del demandante en Grecia se fundamenta principalmente en dos elementos: (1) en la existencia de obligaciones internacionales que forman parte del derecho positivo de proporcionar una acogida material que permita satisfacer las necesidades básicas de subsistencia; y (2) en la condición de demandante de asilo de M.S.S., que le sitúa como formando parte de «un grupo de la población particularmente desfavorecido y vulnerable con una necesidad de protección especial»⁴¹. El TEDH constató que el demandante se encontró en una *situación de indigencia extrema* vinculada a su estatuto como demandante de asilo.

En primer lugar, es destacable el papel que juega el hecho de que en Grecia existiera un desarrollo normativo de la Directiva 2003/9 sobre normas mínimas de acogida de los demandantes de asilo en el análisis del umbral de gravedad de los tratos inhumanos. Cierto es que el TEDH no puede arrogarse un poder de controlar el respeto efectivo de las normas de la UE pero, por el peso dado a su existencia⁴², de la sentencia *M.S.S* se deriva que esas normas modulan el alcance de los deberes de los Estados para con los demandantes de asilo.

En segundo lugar⁴³, con esta sentencia materialmente se traspasa la frontera entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y socia-

⁴⁰ *Riad et Idiab c. Belgique*, nº 29787/03 y 29810/03, §68 y §§106-110, 24 de enero de 2008.

⁴¹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §251, 21 de enero de 2011.

⁴² Así lo pone de manifiesto la opinión del juez Rozakis: *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, Opinión concordante du Juge Rozakis, 21 de enero de 2011.

⁴³ Aunque el TEDH se esfuerce en negar que el artículo 3 CEDH no puede interpretarse como obligando a los Estados partes a «garantizar un derecho al alojamiento de todas las personas bajo su jurisdicción,» ni «un deber general de proporcionar a los refugiados una asistencia financiera». *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §249, 21 de enero de 2011.

les por lo que se refiere a una garantía plena del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH. Ello es así porque, en definitiva, lo que constituye trato inhumano es una situación de indigencia extrema⁴⁴. La clave que limita el alcance de la aplicación de este artículo está en la especial vulnerabilidad del demandante y en la pasividad de las autoridades griegas. En la medida en que el M.S.S es un demandante de asilo, y que Grecia podría haber evitado que se encontrara en esa situación, el TEDH hace responsable de la misma a este Estado. No se trata tanto de que los Estados deban proporcionar en virtud del artículo 3 CEDH bienes de subsistencia básicos a los demandantes de asilo, si no que el hecho de no hacerlo les impele a una mayor diligencia en tramitar las solicitudes de protección.

Con *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, el TEDH consagra aún más el artículo 3 como protector de valores esenciales de las sociedades democráticas europeas, al dotarle de un contenido que alcanza situaciones socioeconómicas de indigencia de las que el Estado es responsable, de una forma coherente con el fundamento último de la protección de los derechos humanos que es la dignidad humana. En la Sentencia que de 21 de enero de 2011 se pone de manifiesto que no siempre la vulnerabilidad de personas sometidas a detención es mayor que la de aquellos privados de los bienes de subsistencia básicos para una existencia digna, encerrados en prisiones sociales de cristal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se avanzaba en la argumentación de los Países Bajos en el caso, una primera conclusión de la Sentencia es que *de facto* revoca el «principio de confianza interestatal sobre el que el sistema de *Dublín* se fundamenta», y dificulta (*bloquea*, en expresión de Países Bajos) la aplicación del reglamento «por el juego de las medidas provisionales»⁴⁵. A partir de esta Sentencia

⁴⁴ Hasta la sentencia *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* la jurisprudencia de los órganos de garantía del CEDH no había admitido que una situación socioeconómica pudiera rebasar el umbral de gravedad del artículo 3 CEDH, aunque tampoco lo había descartado como cuestión de principio. Así, por ejemplo en el caso *Francine van Volsem c. Belgique*, nº 14641/89, decisión de la Comisión, 9 de mayo de 1990, *RUDH*, vol. 2, nº 10, 1990, pp. 384-385 [Vide al respecto, CASSESE, A., «Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be applied to Socio-Economic Conditions?», *EJIL*, vol. 2, nº 2, 1991, p. 144; CARRILLO SALCEDO, J.A., «La protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, vol. 18, nº 2, 1991, p. 449].

⁴⁵ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §330, 21 de enero de 2011.

la cláusula de soberanía se convierte en el eje de legitimidad de todo el sistema, y deja de ser un mecanismo de uso totalmente discrecional de los Estados para convertirse en la garantía de un examen individual de la legitimidad de las transferencias de demandantes de asilo a Estados partes en el sistema Dublín. Así, un instrumento incluido para preservar la autonomía de los Estados en materia de asilo pasa a ser un mecanismo que la reduce en la medida en que su utilización es obligatoria en algunos casos y sirve para garantizar que se cumplen los derechos del CEDH y de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Este hecho hace resurgir la discusión acerca de la necesidad de reformar *Dublín II* a favor de la aplicación efectiva del principio de solidaridad entre los Estados, y de una garantía más precisa del respeto de los derechos humanos de los demandantes de asilo⁴⁶.

Por otra parte, la Sentencia *M.S.S contra Bélgica y Grecia* supone que para los demandantes de asilo ya no sólo es necesario poder beneficiarse de unas condiciones de detención *decentes*, si no también de unas condiciones de existencia *decentes* durante el tiempo en que permanezcan en el Estado que tramita su solicitud de asilo.

Finalmente, la sentencia *M.S.S contra Bélgica y Grecia* del TEDH plantea la necesidad de perfeccionar los mecanismos de control del efectivo cumplimiento por parte de los Estados miembros de las normas de Derecho de la Unión que tienen implicaciones importantes de protección de los derechos humanos, como las que se refieren al Derecho de asilo y de los refugiados.

⁴⁶ MALLIA, Patricia, «Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A catalyst in the rethinking of the Dublin II Regulation», *RSQ*, vol. 30, n° 3, 2011, pp. 126-128.

TEDH- SENTENCIA DE 21.01.2011(GRAN SALA), M.S.S. c. BELGICA Y GRECIA, 30696/09- <<ARTICULOS 3 y 13 CEDH- PROHIBICIÓN DE TORTURA Y PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES- REGLAMENTO (CE) N° 343/2003 DE DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA SOLICITUD DE ASILO (DUBLÍN II)>>

EL FUNCIONAMIENTO EFECTIVO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE ASILO ANTE LA GARANTÍA DEL DERECHO A NO SUFRIR TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES DEL CEDH

RESUMEN: El sistema *Dublin II* y la armonización de los procedimientos de asilo y del contenido de las obligaciones de acogida de los demandantes son instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo cuyas disfunciones pueden comportar violaciones del CEDH. Así en el caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, el TEDH consideró que Grecia había violado el artículo 3 CEDH por las condiciones de detención y de existencia de un demandante de asilo, y que Bélgica había violado el mismo artículo por el traslado a Grecia del demandante en aplicación del sistema *Dublin II*. Los dos estados fueron asimismo condenados por violación del artículo 13 por las deficiencias en sus procedimientos de asilo y de recurso ante los tribunales. Por lo que respecta al sistema *Dublin II*, la sentencia del TEDH convierte a la *cláusula de soberanía*, inicialmente insertada en el mismo como medio para la preservación de la autonomía de los Estados, en un instrumento para la garantía del respeto de los derechos humanos, cuya activación ha dejado de ser completamente discrecional o regida únicamente por el derecho interno.

PALABRAS CLAVE: Demandante de asilo; Vulnerabilidad; Acogida; Prohibición de tratos inhumanos o degradantes; Recurso efectivo; Sistema *Dublin*; Sistema Europeo Común de Asilo.

ECtHR- JUDGMENT of 21.01.2011 (GRAND CHAMBER), *M.S.S. V. BELGIUM AND GREECE*, 30696/09- <<ARTICLES 3, 13 ECHR- PROHIBITION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT- REGULATION (EC) NO 343/2003 ESTABLISHING THE CRITERIA AND MECHANISMS FOR DETERMINING THE MEMBER STATE RESPONSIBLE FOR EXAMINING AN ASYLUM APPLICATION (*DUBLIN II*)>>

THE EFFECTIVE FUNCTIONNING OF THE EUROPEAN ASYLUM POLICY VIS-À-VIS THE ECHR' S PROTECTION OF THE RIGHT TO FREEDOM FROM INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT

ABSTRACT: The *Dublin* System II and the harmonization of both asylum proceedings and reception duties of asylum seekers are all instruments of the Common European Asylum System. Dysfunctions in these instruments may involve violations of the ECHR. In the *M.S.S. versus Belgium and Greece* affair, the ECHR holds that Greece has violated Article 3 of the ECHR regarding the conditions of detention and subsistence suffered by an asylum seeker, as well as that Belgium has violated the same article for transferring the applicant to Greece under the *Dublin* System. In addition, the two States have been found in breach of Article 13 due to deficiencies in their asylum procedures. As for the *Dublin* System II, the ECHR judgment enshrines the sovereignty clause, initially included as a means of preserving State autonomy, as an instrument for ensuring respect for Human Rights.

KEY WORDS: Asylum seeker; Vulnerability; Reception; Prohibition of Inhuman or degrading treatment; Effective remedy; *Dublin* System.

CEDH- ARRÊT DU 21.01.2011 (GRANDE CHAMBRE) M.S.S. C. BELGIQUE ET GRÈCE, 30696/09- <<ARTICLES 3, 13 CEDH- INTERDICTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS- RÈGLEMENT (CE) N° 343/2003 ÉTABLISSANT LES CRITÈRES ET MÉCANISMES DE DÉTERMINATION DE L'ÉTAT MEMBRE RESPONSABLE DE L'EXAMEN D'UNE DEMANDE D'ASILE (DUBLÍN II)>>

LE FONCTIONNEMENT EFFECTIF DE LA POLITIQUE EUROPÉENNE D'ASILE À L'ÉPREUVE DE LA GARANTIE DU DROIT À NE PAS SUBIR DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS DE LA CEDH

RÉSUMÉ: Le système de *Dublin II* et l'harmonisation des procédures d'asile et du contenu des obligations d'accueil des demandeurs d'asile sont des instruments du Système Européen Commun d'Asile dont le dysfonctionnement peut entraîner des violations de la CEDH. Ainsi, dans l'affaire *M.S.S. contre la Belgique et la Grèce*, la CEDH a considéré que la Grèce avait violé l'article 3 de la CEDH à cause des conditions de détention et d'existence dans le pays pour un demandeur d'asile, et que la Belgique avait violé le même article à cause du transfert du demandeur vers la Grèce en application du système de *Dublin*. Les deux états ont été également considérés coupables de violation de l'article 13 par des carences dans leurs procédures d'asile et d'appel aux tribunaux. En ce qui concerne le système *Dublin*, l'arrêt de la CEDH rend la clause de souveraineté, d'abord insérée dans le même comme un moyen de préserver l'autonomie des états, un instrument pour assurer le respect des Droits de l'Homme.

MOTS CLÉS: Demandeur d'asile; Vulnérabilité; Accueil; Prohibition de traitements inhumains ou dégradants; Recours effectif; Système *Dublin*; Système Européen Commun d'Asile.