



CAROLINA SOLER GARCÍA*

LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS POR MOTIVOS DE SALUD: UNA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL *IN MELIUS* DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. La protección contra el riesgo de expulsión ofrecida a los extranjeros por el CEDH y por el Derecho de la Unión Europea. - 2.1. El principio de no devolución desarrollado a partir del art. 3 del CEDH. - 2.2. La protección subsidiaria como límite a la expulsión de extranjeros. - 3. La prohibición de expulsión por motivos de salud en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. - 3.1. La jurisprudencia establecida por el TEDH en *D. c. Reino Unido*. - 3.2. Los criterios mantenidos por el TJUE en *M'Boj*. - 3.3. La evolución de la jurisprudencia del TEDH a partir de *Paposhvili c. Bélgica*. - 3.4. El TJUE asume la nueva doctrina del TEDH en *MP*. - 4. Consideraciones finales.

1. Introducción

Sobre todo durante las dos últimas décadas los flujos de inmigración irregular se han incrementado de forma notable y se prevé que esta tendencia se mantenga en el futuro¹. En este contexto, existen determinados grupos de extranjeros objeto de un

* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alicante (España). Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)” (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]); y en las actividades de la Cátedra Jean Monnet “European Neighbourhood Policy: EU Values and Global Challenges” (599477-EPP-1-2018-ES-EPPJMO-CHAIR). La autora agradece las observaciones que los evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.

¹ A 30 de junio de 2018, según los datos de ACNUR, más de 70 millones de personas habían sido desplazadas de manera forzada debido a los conflictos, la violencia y las violaciones de los derechos humanos en determinadas partes del mundo. Siria, Afganistán y Sudán del Sur son los principales países de origen de las personas refugiadas y la crisis en Venezuela también ha acentuado el éxodo global, con decenas de miles de solicitudes de asilo formalizadas en Estados Unidos, España, Perú o Brasil; CEAR, Informe de 2019, *Las personas refugiadas en España y Europa*, p. 5. Disponible en:

procedimiento de expulsión que podrían calificarse de “especialmente vulnerables”: entre otros, aquellos extranjeros que adolecen de una enfermedad, ya sea física o psíquica. Se trata de personas cuyo estado de salud requiere de tratamientos médicos especializados que, a menudo, o bien no existen o bien son inaccesibles en sus países de origen. Como se demostrará en las siguientes páginas, las autoridades estatales, a la hora de llevar a cabo la expulsión de extranjeros, deben tener en cuenta las condiciones personales de cada uno de los sujetos objeto de retorno, lo que implica, entre otras cuestiones, la consideración de su estado de salud, a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos y de protección internacional.

La Comisión de Derecho Internacional, en el art. 15.2 de su proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros del año 2014, titulado “personas vulnerables”, establece que: «Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad». Como señala la CDI en sus comentarios a este proyecto de artículo, dentro de la categoría “otras personas vulnerables” se incluyen a otros extranjeros como los que «sufren una enfermedad incurable o una enfermedad que necesita cuidados especiales que, hipotéticamente, no se pueden dispensar —o resultan difíciles de dispensar— en el posible o los posibles Estados de destino»². En sus comentarios al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional aprobado en primera lectura en 2012, la UE propuso que se agregara al proyecto de artículo 15 un nuevo párrafo en el que se estableciera que «en todas las medidas debe tenerse en cuenta el estado de salud de los extranjeros objeto de expulsión»³. Si bien, finalmente la CDI ha decidido no introducir ninguna disposición concreta relativa a los extranjeros que adolecen de alguna enfermedad grave en el proyecto de artículo aprobado en segunda lectura en 2014. En cualquier caso, a la vista de las observaciones de los Estados y del sosiego que demuestra la Asamblea General de Naciones Unidas⁴, es poco probable que el Proyecto de la CDI sobre expulsión de extranjeros se convierta en una convención internacional.

Por su parte, el TEDH y el TJUE sí que se han ocupado de este tema en su jurisprudencia. Así, por una lado, los Estados parte del Consejo de Europa deben cumplir el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁵, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que interpreta y aplica este instrumento normativo regional. La prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes regulada en el art. 3 del CEDH como derecho inderogable, según es interpretada por el TEDH teniendo en cuenta siempre el principio de

<https://www.cear.es/wpcontent/uploads/2019/06/Resumen-ejecutivo-CEAR-2019.pdf> (Todos los accesos a las páginas web citados a lo largo de este trabajo han sido consultados por última vez a fecha de 31 de julio de 2019).

² Comisión de Derecho Internacional, A/69/10, 2014, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014)*, artículo 15, comentario 3), p. 46.

³ Asamblea General de Naciones Unidas, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, *Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º*, p. 11, pár. 60.

⁴ La última decisión de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2017, fue la de incluir el tema en el programa provisional de su septuagésimo quinto período de sesiones (2020) con miras a examinar la forma que pudiera darse al Proyecto; AGNU, Resolución aprobada el 7 de diciembre de 2017, A/RES/72/117, 18 de diciembre de 2017, *Expulsión de extranjeros*.

⁵ Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en *Boletín Oficial del Estado* n.º. 243, de 10 de octubre de 1979.

efectividad, ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia con la que se concreta la protección que los Estados parte deben garantizar, de conformidad con este precepto, a los extranjeros objeto de expulsión.

En este sentido, el TEDH reconoce que los Estados parte tienen derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, pero siempre dentro del respeto de las obligaciones internacionales que les vinculan⁶. Según el TEDH, la expulsión de extranjeros por un Estado parte puede dar lugar a una vulneración del art. 3 del CEDH si se demuestran motivos sustanciales para creer que la persona en cuestión corre un riesgo real de ser sometida a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado receptor, tal y como se analiza en el epígrafe 2.1. Más en concreto, la expulsión de un extranjero que está recibiendo un tratamiento médico para su dolencia en un Estado parte y es expulsado a un tercer Estado en el que no puede acceder a tal medicación o terapia puede considerarse, en determinadas circunstancias, que constituye tratos inhumanos o degradantes; tal y como se comprobará en el epígrafe 3 del presente trabajo.

Por otro lado, en el marco de la Unión Europea (en adelante, UE) el art. 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ (en adelante, TFUE) establece expresamente que la política común de asilo debe adaptarse a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967⁸. El desarrollo de una política común de asilo es un objetivo asignado al espacio de libertad seguridad y justicia, de conformidad con el art. 67 del TFUE⁹. En este contexto, el Derecho de la UE fusiona la figura del asilo, perteneciente al Derecho internacional clásico y la del refugio, contemplada en la Convención de Ginebra, bajo la figura de la protección internacional.

En aplicación del art. 78.1 del TFUE se adopta la Directiva 2011/95/UE¹⁰ –también

⁶ Entre otras muchas: STEDH de 23 de agosto de 2016, demanda n.º 59166/12, *J.K. y otros c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0823JUD005916612, pár. 79; STEDH de 5 de junio de 2018, demanda n.º 16026/12, *Amerkhanov c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:2018:0605JUD001602612, pár. 51; STEDH de 5 de junio de 2018, demanda n.º 69929/12, *Batyrkhairov c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:2018:0605JUD006992912, pár. 45.

⁷ *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, en *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202/1, de 7 de junio de 2016.

⁸ En concreto, el art. 78.1 del TFUE señala que: «La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes». En el art. 78.2 del TFUE se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán un Sistema europeo común de asilo (SECA) que incluya, entre otros, un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países válido en toda la UE, y un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional. Además de un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas en caso de afluencia masiva. Por su parte, el SECA comienza normativamente tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 y se basa en la aplicación integral y global de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el respeto de los derechos y principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁹ El art. 67.1 y 67.2 del TFUE establecen lo siguiente: «1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países».

¹⁰ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *por la que se*

conocida como Directiva de Reconocimiento—, con el fin de asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de aquellas personas que necesitan protección internacional, así como de establecer el nivel mínimo de prestaciones a las que tales personas tienen derecho en todos los Estados miembros¹¹. La Directiva de Reconocimiento, además de regular la concesión y los derechos inherentes al estatuto de refugiado, también contempla otra forma de protección internacional no recogida en el Derecho internacional general: la protección subsidiaria. El reconocimiento de esta forma de protección internacional supone, igualmente, un límite a la expulsión de extranjeros. Por tanto, en el seno de la UE se ha ido configurando un sistema en materia de asilo que incluye formas de protección alternativas al refugio, lo que introduce nuevas formas de salvaguardar los derechos fundamentales de los solicitantes de protección internacional¹².

En virtud de lo establecido en el art. 18 de la Directiva de Reconocimiento, los Estados miembros deberán conceder el estatuto de protección subsidiaria a los nacionales de terceros países que reúnan los requisitos para poder obtener tal protección. A este respecto, en virtud del art. 2, letra e) de esta norma, los extranjeros únicamente tienen derecho a la protección subsidiaria si existen motivos fundados para creer que, en caso de expulsión a su país de origen, corren un riesgo real de sufrir alguno de los tres tipos de daños graves definidos en el art. 15 de la propia Directiva. Como se analiza en el epígrafe 2.2, entre los daños graves definidos en el art. 15 b), se contempla el riesgo de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes que puede sufrir un solicitante en su país de origen.

Este marco normativo sumariamente descrito ha permitido varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en relación con la condición jurídica a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular en el territorio de la UE y que padecen una grave enfermedad¹³. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en este ámbito ha ayudado a definir los contornos del estatuto de protección subsidiaria y su eventual aplicación a aquellos extranjeros enfermos que son objeto de expulsión, tal y como se estudia en los epígrafes

establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en Diario Oficial de la Unión Europea L 337/9 del 20 de diciembre de 2011.

¹¹ La Directiva 2011/95/UE contribuye a aproximar hasta cierto punto las normas nacionales en la materia, los porcentajes de reconocimiento entre los diversos Estados miembros denotan la falta de convergencia en las decisiones de los Estados miembros que resuelven estos procedimientos. Con la finalidad de que estas diferencias no fomenten los movimientos secundarios, se logre una mayor armonización de los criterios comunes y una mayor convergencia de las decisiones en materia de asilo, se ha propuesto sustituir dicha Directiva por un Reglamento; COM(2016) 466 final, 2016/0223(COD), Bruselas, 13 de julio de 2016, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.*

¹² En las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999 se recomendó aplicar, entre otras cosas «medidas relativas a formas de protección que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección», para aquellas personas que, no cumpliendo los requisitos para ser un refugiado, necesiten protección internacional; Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, *Conclusiones de la Presidencia*, p. 14.

¹³ En este sentido: C. DI TURI, *Recenti tendenze in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria tra diritti sostanziali e garanzie procedurali*, en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 15 s. (21).

3.2 y 3.4.

En suma, el presente trabajo está dedicado al estudio de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE relativa a la prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud. A estos efectos, en el siguiente epígrafe, se ofrece, en primer lugar, un breve repaso de los criterios generales aplicables a la protección contra el riesgo de expulsión basados en el CEDH, en concreto el principio de no devolución desarrollado por el TEDH a partir del art. 3 del Convenio (epígrafe 2.1); a continuación, se da cuenta de los límites derivados del Derecho de la UE, en particular la protección contra la expulsión que conlleva la protección del estatuto de protección subsidiaria (epígrafe 2.2). En el epígrafe 3, será objeto de análisis la jurisprudencia relativa a la prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud desarrollada por el TEDH y el TJUE. Esta jurisprudencia se puede dividir en dos etapas claramente diferenciadas: por una parte, la jurisprudencia iniciada por el TEDH con la Sentencia *D c. Reino Unido* (epígrafe 3.1) y seguida por el TJUE en *M'Bodj* (epígrafe 3.2); y por otra, se aprecia una evolución en la jurisprudencia del TEDH con *Paposhvili c. Bélgica* (epígrafe 3.3), y que también es asumida por el TJUE en su jurisprudencia relativa a la protección subsidiaria en el asunto *MP* (epígrafe 3.4). Con el epígrafe que cierra este trabajo se ofrece una valoración de conjunto de toda esta jurisprudencia (epígrafe 4).

2. La protección contra el riesgo de expulsión ofrecida a los extranjeros por el CEDH y por el Derecho de la Unión Europea

2.1. El principio de no devolución desarrollado a partir del art. 3 del CEDH

El art. 3 del CEDH establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos humanos o degradantes». Esta disposición consta de una doble dimensión. Por un lado, de una dimensión *ad intra* que prohíbe a todo Estado parte llevar a cabo actos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes contra un sujeto que se encuentre bajo su jurisdicción. Por otro lado, de una dimensión *ad extra* por la que se prohíbe a los Estados parte que expongan a un sujeto ante el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes por medio de su expulsión a un tercer Estado¹⁴. Respecto a esta segunda dimensión, aunque el CEDH no reconoce expresamente la prohibición de “no devolución”, la expulsión de un extranjero por un Estado parte del CEDH puede comprometer su responsabilidad internacional, si se demuestra que el extranjero corre el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino¹⁵. Por tanto, el principio de no devolución es un principio inherente al art. 3 del

¹⁴ G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea di diritti dell'uomo*, en F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Padova, 2003, p. 165 s.

¹⁵ STEDH de 28 de febrero de 2008, demanda n.º. 37201/06, *Saadi c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106, párs. 124 y 125; STEDH de 9 de julio de 2015, demanda n.º. 61264/11, *R.K. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2015:0709JUD006126411, pár. 58; STEDH de 12 de enero de 2016, demanda n.º. 13442/08, *A.G.R. c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD001344208, pár. 54; STEDH de 23 de marzo de 2016, demanda n.º. 43611/11, *F.G. c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004361111, pár. 111. La prohibición de expulsión en caso de riesgo para el extranjero de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes también es reconocida en las veinte directrices para el retorno forzoso del Consejo de Europa. Se tratan de pautas establecidas por la Comisión

CEDH, cuyo desarrollo se ha producido principalmente a través de la interpretación y aplicación que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado de este precepto.

El TEDH mantiene que la prohibición derivada del art. 3 del CEDH, en su doble dimensión, es una norma imperativa de Derecho internacional¹⁶. Por tanto, se prohíbe en términos absolutos la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, con independencia de la conducta de las víctimas, las actividades en que hubieran participado y cualquier otra circunstancia, como puede ser la participación en actividades terroristas o en grupos de delincuencia organizada¹⁷. En este sentido, los Estados parte no pueden alegar motivos de seguridad y orden público para socavar el carácter absoluto del art. 3 del CEDH. Por consiguiente, las actividades llevadas a cabo por un extranjero, por indeseables que sean, no pueden mermar el carácter absoluto de la prohibición de expulsión si existe un riesgo de vulneración del art. 3 en el Estado de destino¹⁸. Aunque el propio TEDH ha reconocido que los Estados parte con fronteras exteriores de la UE experimentan importantes dificultades para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y solicitantes de protección internacional que llegan a sus fronteras, al mismo tiempo ha reiterado el carácter absoluto del art. 3 del Convenio de Roma. Por tanto, una afluencia creciente de extranjeros no puede eximir a un Estado de sus obligaciones en virtud del citado precepto¹⁹.

El TEDH, a través de su jurisprudencia, ha definido el contenido y el alcance del art. 3 del CEDH. Con carácter general, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para que puedan ser considerados contrarios al CEDH²⁰. Si bien, la valoración de este mínimo es casuística, ya que se debe atender a todas las circunstancias

Europea y tienen como finalidad declarada establecer buenas prácticas para conciliar una política de retorno con el pleno respeto de los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión; Committee of Ministers, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, *Twenty Guidelines on Forced Returns*, directriz 2.1, letra a). Por su parte, cierto sector de la doctrina pone de manifiesto que es necesario que exista una relación de causalidad, esto es, a consecuencia de la expulsión de un extranjero a un tercer Estado, dicha persona corra el riesgo de sufrir un trato prohibido por el art. 3 del CEDH; A. SALADO OSUNA, *Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI, (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, 2014, p. 85 s. (111).

¹⁶ STEDH de 21 de noviembre de 2001, demanda n.º. 35763/97, *Al-Adsani c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, párs. 60 y 61.

¹⁷ Sobre el carácter absoluto de la prohibición de devolución véase: H. BATTJES, *In search of a fair balance: the absolute character of the prohibition of refoulement under article 3 ECHR reassessed*, en *Leid. Jour. Int. Law*, 2009, p. 583 s.

¹⁸ Véase, entre otras: STEDH de 3 de diciembre de 2009, demanda n.º. 19576/08, *Daoudi c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD001957608, pár. 72; STEDH de 13 de abril de 2010, demanda n.º. 50163/08, *Trabelsi c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2010:0413JUD005016308; STEDH de 5 de abril de 2011, demanda n.º. 25716/09, *Toumi c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0405JUD002571609; STEDH de 22 de septiembre de 2011, demanda n.º. 64780/09, *H.R. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0922JUD006478009, pár. 64; STEDH de 27 de marzo de 2012, demanda n.º. 9961/10, *Mannai c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0327JUD000996110; STEDH de 1 de febrero de 2018, demanda n.º. 9373/15, *M.A. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2018:0201JUD000937315, pár. 58.

¹⁹ STEDH de 21 de enero de 2011, demanda n.º. 30696/09, *M.S.S. c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, pár. 223; STEDH de 14 de marzo de 2017, demanda n.º. 47287/15, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD004728715, pár. 83.

²⁰ Véase, entre otras muchas: STEDH de 24 de enero de 2008, demandas n.º. 29787/03 y 29810/03, *Riad y Idiab c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2008:0124JUD002978703, párs. 95 y 96; STEDH de 22 de septiembre de 2009, demanda n.º. 30471/08, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:2009:0922JUD003047108, pár. 73; STEDH de 23 de julio de 2013, demanda n.º. 55352/12, *Aden Ahmed c. Malta*, ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD005535212, párs. 60 y 85.

del caso, lo que incluye la duración del trato ejercido contra la persona y sus efectos físicos y mentales, además de, en ocasiones, a la edad, sexo y estado de salud de la víctima²¹. En esta dirección, algunos elementos subjetivos, referidos a la especial situación del extranjero objeto de expulsión, no pueden considerarse motivo suficiente de riesgo cuando son analizados de forma aislada. Sin embargo, estos mismos factores pueden constituir un riesgo real de vulneración del art. 3 en caso de expulsión cuando se valoran acumulativamente y en el contexto de una situación de violencia generalizada en el Estado de destino. En este sentido, algunos de los elementos que han sido considerados como indicadores de riesgo son, a título no exhaustivo: los antecedentes penales y/o las órdenes de detención previas; la edad; el sexo; el origen; los antecedentes del presunto o efectivo miembro de un grupo perseguido; y la solicitud previa de asilo presentada en el extranjero²².

Por su parte, respecto a los factores objetivos de evaluación de riesgo de trato contrario al art. 3 del CEDH en el Estado de destino, el TEDH no excluye la posibilidad de que un cuadro sistemático de violencia generalizada en un tercer Estado pueda alcanzar un nivel de intensidad suficiente que implique que la expulsión constituiría una infracción del principio de no devolución. Si bien, estos casos se reservan para los supuestos de violencia generalizada más extremos; esto es, supuestos en los que se aprecie el riesgo real de tratos contrarios al art. 3 del CEDH por el simple hecho de que el extranjero ponga un pie en ese Estado²³.

Por último, el Tribunal de Estrasburgo también protege al extranjero de los actos atribuibles a actores no estatales²⁴. Si bien, para que se aplique el art. 3 del CEDH con relación a actos de actores no estatales, en primer lugar, debe demostrarse que el riesgo es real y, en segundo lugar, que las autoridades del Estado receptor no pueden evitar el riesgo proporcionando una protección adecuada²⁵.

²¹ STEDH de 14 de noviembre de 2002, demanda n.º. 67263/01, *Mouisel c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2002:1114JUD006726301, pár. 37; STEDH de 10 de julio de 2001, demanda n.º. 33394/96, *Price c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2001:0710JUD003339496, pár. 24; STEDH de 10 de febrero de 2004, demanda n.º. 42023/98, *Gennadi Naoumenko c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2004:0210JUD004202398, pár. 108.

²² STEDH de 17 de julio de 2008, demanda n.º. 25904/07, *N.A. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2008:0717JUD002590407, párs. 143, 144 y 146; STEDH de 20 de junio de 2017, demanda n.º. 41282/16, *M.O. c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD004128216, pár. 72.

²³ *N.A. c. Reino Unido*, pár. 115; STEDH de 12 de enero de 2016, demanda n.º. 46856/07, *M.R.A. y otros c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD004685607, pár. 106; STEDH de 12 de enero de 2016, demanda n.º. 8161/07, *S.D.M. y otros c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD000816107, pár. 74; STEDH de 12 de enero de 2016, demanda n.º. 39575/06, *S.S. c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003957506, pár. 62; *J.K. y otros c. Suecia*, pár. 117.

²⁴ STEDH de 29 de abril de 1997, demanda n.º. 24573/94, *H.L.R. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1997:0429JUD002457394, pár. 40; STEDH de 23 de septiembre de 1998, demanda n.º. 100/1997/884/1096, *A. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD002559994, pár. 22; STEDH de 7 de marzo de 2000 (dec.), demanda n.º. 43844/98, *T.I. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2000:0307DEC004384498; STEDH de 11 de enero de 2007, demanda n.º. 1948/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD000194804, *Salab Sheekh c. Países Bajos*, pár. 147; STEDH de 27 de junio de 2013, demanda n.º. 28379/11, *D.N.M. c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2013:0627JUD002837911, pár. 44.

²⁵ En ese sentido véase: *Salab Sheekh c. Países Bajos*, pár. 137; *N.A. c. Reino Unido*, pár. 110; STEDH de 20 de enero de 2009, demanda n.º. 32621/06, *F.H. c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0120JUD003262106, pár. 102; STEDH de 16 de junio de 2016, demanda n.º. 34648/14, *R.D. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0616JUD003464814, pár. 40; STEDH de 5 de julio de 2016, demanda n.º. 29094/09, *A.M. c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409, pár. 79.

2.2. La protección subsidiaria como límite a la expulsión de extranjeros

El art. 2, letra f) de la Directiva 2011/95/UE define a una persona con derecho a protección subsidiaria como: «un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país». El concepto de protección subsidiaria se basa, principalmente, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en la materia; en particular, el art. 3 de la Convención contra la tortura, el art. 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el art. 3 del CEDH.

A diferencia del estatuto de refugiado, cuya clave de bóveda es la “persecución individualizada”, de conformidad con el art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en el ámbito de la protección subsidiaria el eje principal lo constituye el riesgo de “daño grave”, pudiendo derivarse de este daño una persecución generalizada²⁶. A tenor de lo establecido en el art. 15 de la Directiva de Reconocimiento, constituyen daños graves: «a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o; b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o; c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

La protección que brinda el estatuto de protección subsidiaria contra los daños graves, la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen se corresponde, en esencia, con la protección ofrecida por el art. 3 del CEDH²⁷. No obstante, la Comisión Europea ha dejado claro que este tipo de daño grave no incluye todos los ámbitos que abarca la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 3 del CEDH²⁸. El legislador europeo quiso limitar la protección subsidiaria únicamente a los supuestos en los que tales tratos sean causados directamente por parte del Estado de origen del solicitante²⁹. Mientras que el TEDH, en ocasiones, protege al individuo, por ejemplo, ante situaciones de violencia generalizada de nivel extremo, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior (2.1). En cualquier caso, el TJUE sostiene que la letra b) del art. 15 debe interpretarse y aplicarse respetando los derechos garantizados en el art. 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

²⁶ Esto se pone de manifiesto en el Capítulo III de la Directiva de Reconocimiento, titulado “requisitos para ser refugiado” cuyos arts. 9 y 10 establecen los actos de persecución y los motivos de persecución, respectivamente. Por su parte, en el Capítulo V, titulado “requisitos para obtener la protección subsidiaria”, se establece en el art. 15 se enumeran los daños graves. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con el estatuto de refugiado, cuyas causas de cese están establecidas por la Convención de Ginebra, los motivos de cese del estatuto de protección subsidiaria, recogidos en la normativa regional europea, establecen únicamente una falta de necesidad de protección, sin una causa específica, lo que deriva en un amplio margen de actuación a los Estados; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Granada, 2007, p. 111.

²⁷ STJCE de 17 de febrero de 2009, asunto C-465/07, *Elgafaji*, ECLI:EU:C:2009:94, apdo. 28.

²⁸ Comisión Europea, (2002/C 51 E/17) COM(2001) 510 final 2001/0207(CNS), *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, p. 6.

²⁹ STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-542/13, *Mohamed M’Bodj*, ECLI:EU:C:2014:2452, apdo. 34.

(en adelante, CDFUE) que establece la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. El Tribunal de Luxemburgo afirma que esta prohibición es uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus Estados miembros, además de tener carácter absoluto por ser indisociable del respeto a la dignidad a la que alude el art. 1 de la CDFUE³⁰. Dado que el art. 4 de la CDFUE presenta la misma redacción que el art. 3 del CEDH, «su sentido y alcance son iguales a los que les confiere dicho artículo del CEDH, según dispone el artículo 53, apartado 3, de la Carta»³¹.

Del art. 6 de la Directiva de Reconocimiento³² se desprende que los “daños graves” deben nacer de la conducta de un tercero. Esto es, no basta que el extranjero demuestre el riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el caso de regresar a su Estado de origen. Además, debe demostrar que el riesgo proviene de factores que, directa o indirectamente, son atribuibles a las autoridades estatales del Estado de origen. En este sentido, esta atribución debe darse, bien porque las amenazas que afectan al extranjero en cuestión proceden del propio Estado o son toleradas por este, o bien porque provienen de grupos a título particular sin que el Estado pueda brindar una protección efectiva a sus nacionales³³. Por esta razón, en principio, los “daños graves” a los que hace mención el art. 15, letra b) no pueden derivar, por ejemplo, de insuficiencias generales del sistema sanitario del país de origen.

3. *La prohibición de expulsión por motivos de salud en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE*

3.1. *La jurisprudencia establecida por el TEDH en D. c. Reino Unido*

Con carácter general, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe 2.1, la prohibición de expulsión de extranjeros a Estados en los que corran el riesgo de sufrir la vulneración del art. 3 del CEDH, se aplica en situaciones de violencia generalizada extremadamente grave; cuando en atención a las circunstancias personales del extranjero, este puede ser víctima de tratos contrarios al art. 3 en el Estado de destino; o en los supuestos en los que el Estado de destino no puede garantizar al sujeto una protección adecuada contra los actos contrarios al art. 3 atribuibles a actores no estatales. Por tanto, generalmente el TEDH ha aplicado el principio de no devolución, de conformidad con el art. 3 del CEDH, en contextos en los que el riesgo para la persona deriva de actos infligidos intencionalmente por las autoridades estatales del Estado de destino o de los organismos no estatales de ese país cuando las autoridades públicas no pueden ofrecerle la protección adecuada. Si bien, con independencia de estas situaciones y dada la importancia del art. 3 del CEDH, el TEDH debe reservarse la suficiente flexibilidad para abordar la aplicación de

³⁰ STJUE de 24 de abril de 2018, asunto C-353/16, *MP*, ECLI:EU:C:2018:276, apdo. 36.

³¹ STJUE de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, apdos. 85 y 86; STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-578/16 PPU, *C.K. y otros*, ECLI:EU:C:2017:127, apdos. 59 y 67.

³² El art. 6 dispone que: «Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: a) el Estado; b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7».

³³ Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 17 de julio 2014, asunto C-542/13, *Mohamed M'Boji*, EU:C:2014:2113, pár. 58.

este artículo en otros contextos que puedan surgir. Por tanto, no se debe limitar la aplicación del art. 3 taxativamente a los supuestos mencionados, ya que ello podría socavar el carácter absoluto de la protección que ofrece este precepto³⁴.

En este sentido, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia que también protege al extranjero contra la expulsión si el riesgo de vulneración del art. 3 está causado por un déficit sanitario en el Estado de destino. El primer *leading case* a este respecto es *D. c. Reino Unido*: el demandante, afectado de VIH con anterioridad a su llegada a Reino Unido, alega que su expulsión a Saint Kitts –Estado situado en el Mar Caribe– supone una violación del art. 3 del CEDH por la retirada del tratamiento que se le estaba administrando en el país europeo, sumado a las condiciones de vida en el Estado de destino. Según el TEDH, habida cuenta de las circunstancias excepcionales del caso, debido en especial a la etapa crítica en que se encontraba la enfermedad mortal del demandante, su expulsión a Saint Kitts constituye un trato inhumano atribuible a las autoridades británicas³⁵.

El TEDH, con carácter general, hace hincapié en que los extranjeros objeto de expulsión no pueden, en principio, reclamar el derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte para seguir beneficiándose de asistencia médica, social o de otro tipo. Sólo en circunstancias muy excepcionales, como las que se dan en *D. c. Reino Unido*, se reconoce la vulneración del art. 3 en caso de expulsión. En este caso, el Tribunal observa que el Estado demandado asume la responsabilidad de tratar el estado de salud del demandante desde tres años antes del pronunciamiento. El demandante, por tanto, se vuelve dependiente de la atención médica y paliativa que estaba recibiendo, además de haberse preparado para morir en un entorno que le resulta más familiar. Aunque el TEDH no llega a afirmar que las condiciones que se le deparan en el Estado de destino suponen, en sí mismas, un trato contrario al art. 3, su expulsión le expone a un riesgo real de morir en circunstancias sumamente angustiosas y, por tanto, equivalentes a un trato inhumano³⁶.

A la hora de decidir si a la luz de las circunstancias concretas del caso, se debe prohibir la expulsión por motivos de salud, se debe llevar a cabo un riguroso examen que evalúe, en especial, la situación personal del demandante en el Estado parte expulsor, incluida la información más reciente sobre su estado de salud³⁷. El umbral de gravedad exigible por el TEDH para afirmar la vulneración del art. 3 si se produce la expulsión se puede calificar de muy alto. Por lo general, en circunstancias en las que el Estado de destino no es responsable directo de las torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes que un extranjero puede sufrir en su territorio, el TEDH no suele apreciar un riesgo real de vulneración del art. 3 en supuestos de expulsión³⁸.

En *Amegnigan c. Países Bajos*, el demandante alega que, debido a la enfermedad que padece, VIH, su expulsión a Togo lo expone a un riesgo real de sufrir tratos inhumanos o

³⁴ STEDH de 2 de mayo de 1997, demanda n.º. 30240/96, *D. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1997:0502JUD003024096, p. 49; STEDH de 25 de noviembre de 2004 (dec.), demanda n.º. 25629/09, *Amegnigan c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2004:1125DEC002562904.

³⁵ *D. c. Reino Unido*, p. 53.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ STEDH de 15 de febrero de 2000 (dec.), demanda n.º. 46553/99, *S.C.C. c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2000:0215DEC004655399; STEDH de 24 de junio de 2003 (dec.), demanda n.º. 13669/06, *Arçila Henao c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2003:0624DEC001366903; STEDH de 22 de junio de 2004 (dec.), demanda n.º. 17868/03, *Ndangoya c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2004:0622DEC001786803; *Amegnigan c. Países Bajos*, p. 9.

³⁸ STEDH de 6 de febrero de 2001, demanda n.º. 44599/98, *Bensaid c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2001:0206JUD004459998, p. 40; *Arçila Henao c. Países Bajos*.

degradantes. Sin embargo, como ya se ha aclarado, la protección contra la expulsión que garantiza el art. 3 por motivos de salud se limita a supuestos excepcionales. Por tanto, no basta alegar una enfermedad para que no se ejecute la expulsión. En este caso, para el Tribunal no se dan unas circunstancias excepcionales como las que acontecen en *D. c. Reino Unido*, ya que el demandante se encuentra en una etapa asintomática de la enfermedad. Por lo que el Tribunal de Estrasburgo considera que su expulsión no vulnera el art. 3 del CEDH³⁹.

En *Aswat c. Reino Unido*, el demandante alega que su expulsión a los Estados Unidos, donde con gran probabilidad se vería condenado a penas de hasta 35 años de prisión, vulnera el art. 3 del CEDH debido al trastorno mental que padece. El TEDH sostiene que la expulsión vulnera el art. 3, si bien pone de manifiesto que su decisión no se basa en la duración de su condena, sino en la gravedad de la enfermedad del demandante⁴⁰. En concreto, la severidad del trastorno que padece, unido al hecho de que se encuentra en un entorno penitenciario diferente y potencialmente más hostil, causaría en el demandante un deterioro que alcanza el umbral de gravedad que se exige de conformidad con el art. 3 del CEDH⁴¹. Por tanto, con independencia de la gravedad del menoscabo de la salud del extranjero, las circunstancias que rodean su situación, una vez sea expulsado al Estado de destino, son objeto de valoración por parte del TEDH.

Hasta 2016, se puede mantener que los fallos del TEDH en *D. c. Reino Unido* y *Aswat c. Reino Unido* presentan un carácter excepcional. El TEDH ha venido aplicando la jurisprudencia de *D. c. Reino Unido* para declarar inadmisibles, por ser manifiestamente infundadas, numerosas solicitudes que plantean cuestiones de esta naturaleza en relación con extranjeros seropositivos⁴²; afectados de otras enfermedades físicas graves⁴³; así como de enfermedades mentales⁴⁴. Asimismo, varias sentencias aplican esta jurisprudencia para

³⁹ El TEDH se basa en la última información médica del demandante, la cual advierte de que, aunque su sistema inmunitario estaba debilitado, el estado clínico es estable. A pesar de que se indica que si se detuviera el tratamiento que hasta el momento seguía el extranjero existiría una amenaza directa a su vida, el TEDH observa que dicho tratamiento se encontraba disponible en el Togo donde, además, el demandante tenía familia que pudiera asistirle; *Amegnigan c. Países Bajos*, p. 9.

⁴⁰ En principio, las cuestiones relativas a la adecuación de las condenas impuestas al extranjero en el Estado de destino no están comprendidas en el ámbito de aplicación del CEDH. Empero, una condena gravemente desproporcionada sí que podría constituir un trato contrario al art. 3. Si bien, el criterio de la “desproporcionalidad manifiesta” es interpretado de forma restrictiva, de manera que solo será de aplicación en ocasiones “raras y únicas”; STEDH de 17 de enero de 2012, demandas n.º. 9146/07 y n.º. 32650/07, *Harkins y Edwards c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000914607, pár. 133; STEDH de 10 de abril de 2012, demandas nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2012:0410JUD002402707, párs. 235 a 237.

⁴¹ STEDH de 16 de abril de 2012, demanda n.º. 17299/12, *Aswat c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2013:0416JUD001729912, pár. 57.

⁴² STEDH de 10 de mayo de 2012 (dec.), demanda n.º. 34724/10, *E.O. c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0510DEC003472410.

⁴³ STEDH de 25 de noviembre de 2014 (dec.), demanda n.º. 35226/11, *V.S. y otros c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2014:1125DEC003522611.

⁴⁴ STEDH de 7 de abril de 2015 (dec.), demanda n.º. 72597/10, *Khachatryan c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2015:0407DEC007259710. Por lo que respecta más concretamente a las circunstancias en las que las dificultades de carácter psiquiátrico que sufre un extranjero revelan en él tendencias suicidas, el TEDH ha juzgado en varias ocasiones que el hecho de que una persona cuya expulsión se ha ordenado formule amenazas de suicidio no exige que el Estado parte se abstenga de ejecutar la medida ordenada, siempre y cuando adopten medidas concretas para prevenir que esas amenazas se hagan realidad; STEDH de 15 de julio de 2003, demanda n.º. 58780/00, *Dragan c. Polonia*, ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD005878000, pár. 1; STEDH de 30 de abril de 2013, demanda n.º. 75203/12 (dec.), *Kochieva y otros c. Suecia*,

permitir la expulsión de personas gravemente enfermas pero cuya situación está controlada como consecuencia de la administración de medicamentos en el Estado parte. Más en particular, el TEDH valora si el extranjero se encuentra en condiciones para viajar al Estado de destino, a la hora de considerar su expulsión conforme con el CEDH⁴⁵.

Por ejemplo, en *S.H.H. c. Reino Unido*, el demandante mantiene que en caso de ser expulsado a Afganistán corre un mayor riesgo, en comparación con el resto de personas, de sufrir tratos contrarios al art. 3 debido a su discapacidad. El TEDH reconoce que la discapacidad del demandante no puede considerarse una enfermedad “natural” y no requiere tratamiento médico. Por tanto, los problemas a los que se enfrenta el demandante en caso de expulsión obedecen a la inexistencia de servicios sociales adecuados a sus necesidades debido a la falta de recursos del Estado de destino. En este sentido, el TEDH tiene en cuenta el hecho de que el demandante tiene familiares en Afganistán, por lo que estos pueden brindarle algún tipo de apoyo o asistencia a su llegada a este Estado. Por tanto, sostiene que no existe una vulneración del art. 3 del CEDH en caso de expulsión⁴⁶.

En *A.S. c. Suiza* el demandante, solicitante de asilo y nacional de Siria, alega que su traslado a Italia, en aplicación del Reglamento Dublín, supone un trato contrario al art. 3 del CEDH, debido a que las deficiencias sistemáticas en el sistema de recepción italiano no pueden proveerle del tratamiento médico adecuado que necesita para los severos síntomas de estrés postraumático que padece. En este contexto afirma que su retorno a Italia causaría un grave deterioro de su estado de salud mental, que lo abocaría incluso suicidio. En este caso el TEDH considera que la ejecución de la decisión de expulsión del demandante a Italia no vulnera el art. 3 del CEDH, puesto que no hay indicios de que en este país el demandante no vaya a recibir tratamiento psicológico adecuado, dado que el tratamiento con antidepresivos que recibe en Suiza está disponible en Italia⁴⁷.

Por tanto, hasta la evolución que se producirá en 2016, en la jurisprudencia del TEDH se pone de relieve que, aunque la expulsión de un extranjero degrade su situación personal y su esperanza de vida se reduzca, estos no son motivos suficientes para considerar que su expulsión constituye siempre una vulneración del art. 3 del CEDH. El TEDH únicamente aplica la protección que confiere el art. 3 en los casos de enfermedad física o mental muy excepcionales y que supongan imperiosas consideraciones

ECLI:CE:ECHR:2013:0430DEC007520312, párr. 34.

⁴⁵ STEDH de 20 de diciembre de 2011, demanda n.º. 10486/10, *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2011:1220JUD001048610.

⁴⁶ STEDH de 29 de enero de 2013, demanda n.º. 60367/10, *S.H.H. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2013:0129JUD006036710, párs. 85 y 93. Este pronunciamiento va acompañado del voto disidente de los jueces Ziemele, David Thór Björgvinsson y De Gaetano. Estos jueces opinan que el hecho de que el demandante tenga la posibilidad de obtener apoyo familiar a su regreso a Afganistán es altamente especulativo. En el archivo del caso no hay nada que indique que los familiares podrían o estarían dispuestos a proporcionar algún tipo de ayuda o apoyo al demandante que pueda aliviar de manera significativa las importantes y evidentes dificultades que este, una persona con una discapacidad muy grave, enfrentaría al regresar a Afganistán. Asimismo, estos jueces opinan que el TEDH debe analizar el carácter de la discapacidad dentro del contexto de los hechos específicos del caso concreto. Así como debe evaluar, dada la situación general en el país de origen, cómo la persona con un tipo específico de discapacidad podría o no reasentarse. Por tanto, en opinión de los jueces disidentes: «precisely because the applicant's disability and the facts surrounding it were not examined in sufficient detail, we are left to speculate on the questions that should have been properly dealt with at a national level taking into consideration the need to adopt a disability-sensitive approach in such cases».

⁴⁷ STEDH de 30 de junio de 2015, demanda n.º. 39350/13, *A.S. c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003935013, párs. 19 y 36.

humanitarias, que pueden dar lugar a la prohibición de expulsión en este contexto. Los parámetros interpretativos desarrollados en *D. c. Reino Unido* –la existencia de una enfermedad terminal y la falta de disponibilidad de tratamiento en el Estado receptor–, son los criterios que generalmente se aplican a estos supuestos⁴⁸.

En esta dirección, las diferencias socio-económicas y el avance de la medicina, denotan la disparidad en los tratamientos médicos existentes entre Estados miembros del Consejo de Europa y otros Estados. El TEDH es consciente de estas diversidades y de la importancia que supone en las sociedades democráticas la salvaguarda del art. 3 del CEDH. Sin embargo, la aplicación de cierta flexibilidad para garantizar la protección de los derechos humanos del extranjero en este contexto, no puede imponer al Estado parte la obligación de paliar las desigualdades socio-económicas que existen entre los Estados parte y entre estos y terceros Estados; obligándoles a proporcionar asistencia sanitaria gratuita e ilimitada. Mantener lo contrario, según el Tribunal de Estrasburgo, supondría imponer una carga demasiado grande para los Estados parte⁴⁹. Con estos argumentos, en *N. c. Reino Unido* el TEDH mantiene que la expulsión de la demandante a Uganda por parte de Reino Unido no supone una violación del CEDH debido a que, pese a su enfermedad, su estado de salud no es crítico; el tratamiento recibido durante nueve años en Reino Unido está disponible en Uganda, si bien a un alto coste; y además, tiene familia en este país que puede ocuparse de ella⁵⁰.

Algunos jueces del TEDH y parte de la doctrina han criticado el alto umbral impuesto por el TEDH en *D. c. Reino Unido*⁵¹. Se considera incoherente el elevado nivel de

⁴⁸ STEDH de 27 de mayo de 2008, demanda n.º. 26565/05, *N. c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2008:0527JUD002656505, párs. 42 y 43; STEDH de 26 de febrero de 2015, demanda n.º. 1412/12, *M.T. c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2015:0226JUD000141212, p. 47.

⁴⁹ La expulsión de extranjeros gravemente enfermos es un tema que también se ha planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). En el único caso sobre este tema del que se ha tenido noticia, el caso *Andrea Mortlock*, se plantea el siguiente supuesto: la señora Andrea Mortlock padece VIH y los peticionarios alegan que su deportación a Jamaica vulnera sus derechos ya que en este país no dispone del tratamiento especializado que necesita para sobrevivir. Además, en caso de ser deportada, será discriminada en Jamaica debido al estigma que sufren los afectados por el VIH en este país –brutalidad policial, privación de atención médica adecuada, etc.–. Además, la señora Mortlock no tiene ni familiares, ni amigos, ni conocidos en Jamaica pues ha vivido en Estados Unidos durante casi 30 años. En este caso, la CIDH comprende que «pueda generar cierta incomodidad el concepto de que los Estados tengan un deber jurídico de brindar atención médica indefinida a personas como Andrea Mortlock porque la atención médica en otros países (por ejemplo, Jamaica) son de menor calidad». La CIDH recuerda en este punto la jurisprudencia del TEDH que sostiene que el hecho de que las circunstancias de un peticionario serían menos favorables que las que goza en el Estado expulsor no puede considerarse decisivo desde el punto de vista del artículo 3 de la Convención Europea. Si bien, en el caso descrito, «la CIDH concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura»; Sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 25 de julio de 2008 (Admisibilidad y Fondo), CIDH, caso 12.534, *Andrea Mortlock c. Estados Unidos*, Informe n.º. 63/08, párs. 74, 88 y 94.

⁵⁰ *N. c. Reino Unido*, p. 44. Sobre la ausencia de “circunstancias excepcionales” en este sentido véase, entre otras: STEDH de 17 de enero de 2006, demanda n.º. 50278/99, *Aoulmi c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2006:0117JUD005027899, p. 67; STEDH de 10 de abril de 2012, demanda n.º. 60286/09, *Balogun c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2012:0410JUD006028609; STEDH de 15 de mayo de 2012, demanda n.º. 16567/10, *Nacic y otros c. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0515JUD001656710; *S.H.H. c. Reino Unido*, p. 95.

⁵¹ *N. c. Reino Unido*, opinión disidente conjunta de los jueces Tulkens, Bonello y Spuelmann; *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*; opinión parcialmente compartida de los jueces Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi y

gravedad exigido por el TEDH a la enfermedad del sujeto para impedir su expulsión, de conformidad con la letra y el espíritu del art. 3 del CEDH, así como con la propia jurisprudencia del TEDH en la que se reitera el carácter absoluto de esta disposición, con independencia de los intereses nacionales en juego (epígrafe 2.1). Resulta un tanto contradictorio que se establezca que la reducción significativa de la esperanza de vida como consecuencia de la expulsión del extranjero, no es en sí suficiente para constituir una violación del art. 3.

Así, en *N. c. Reino Unido*, la demandante finalmente murió en Uganda poco después de su expulsión debido a que el tratamiento que necesitaba, aunque disponible en este Estado, no era accesible para ella por su alto coste. Cabe recordar que el TEDH amparó la decisión de expulsar a la señora N. con el argumento de que si bien la decisión de expulsar a un extranjero con una enfermedad física o mental a un país donde los medios de tratamiento de esta enfermedad son más bajos que los disponibles en los Estados parte puede ser contraria al art. 3; la vulneración de este precepto solo se dará en supuestos muy excepcionales, «where the humanitarian grounds against the removal are compelling»⁵².

El grupo de jueces disidentes ha criticado que el TEDH no deja claro los criterios legales que determinan si un enfermo puede o no ser expulsado desde el punto de vista de la gravedad de su enfermedad. La especulación sobre la posibilidad de acceder al tratamiento en el Estado de destino y la hipotética ayuda familiar por el hecho de tener parientes en ese Estado, argumentos tenidos en cuenta por el TEDH en su jurisprudencia, han sido definidos como argumentos *ad ignorantiam*⁵³. Así, para el juez disidente Pinto de Albuquerque, tales razonamientos basados en especulaciones son contrarios a un principio fundamental del razonamiento jurídico: no se debe emitir una decisión sin que toda la información esté completa. En la anteriormente citada demanda *Aswat*, el estado de salud mental del demandante no le impide viajar a los Estados Unidos, y la decisión de no expulsarlo se basa en la presunción del “posible” empeoramiento del demandante⁵⁴, lo que se puede considerar que contradice la jurisprudencia del TEDH establecida en *D. c. Reino Unido*. En este último, se decide que una de las circunstancias a considerar consiste en que el extranjero se encuentre en una fase crítica de su enfermedad, lo que no sucede en *Aswat*, en el que, no obstante, el Tribunal concluye que la expulsión del demandante contraviene el CEDH.

El TEDH es consciente de que la salvaguarda de los derechos civiles y políticos del CEDH tiene implicaciones de carácter social y económico⁵⁵. El alto umbral impuesto para concluir la violación del art. 3 del CEDH en este sentido intenta minimizar las

Pinto de Albuquerque; STEDH de 19 de marzo de 2015, demanda n.º. 70055/10, *S.J. c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2015:0319JUD007005510, opinión disidente del juez Pinto de Albuquerque. En la doctrina véase, N. KLAUSSER, *Rejet expéditif par la CEDH de la requête d'un étranger malade en voie d'expulsion: Une Convention à deux vitesses?*, en *Rev. dr. homme*, 2016. Disponible en: <http://revdh.revues.org/1788>; N. KLAUSSER, N. Y J.-P. MARGUENAUD, *L'éloignement des étrangers malades du sida: la Cour européenne des droits de l'homme sur 'les sentiers de la gloire'*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2014/100, 977-989; E., CUQ., *S.J. v Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants*, en *Cyprus Human Rights Law Review*, 2014, p. 82 s.

⁵² *N. c. Reino Unido*, pár. 42. Según algunas de las opiniones disidentes, la diferencia entre una persona que está en su lecho de muerte y otra que va a ser expulsada, a sabiendas de que está condenada a corto plazo, parece pequeña en términos de humanidad; *Yob-Ekale Mwanje c. Bélgica*, opinión parcialmente compartida de los jueces Tulkens, Jočiené, Popović, Karakaş, Raimondi y Pinto de Albuquerque, pár. 6.

⁵³ *S.J. c. Bélgica*, voto disidente del juez Pinto de Albuquerque, pár. 8.

⁵⁴ *Aswat c. Reino Unido*, pár. 52.

⁵⁵ STEDH de 9 de octubre de 1979, demanda n.º. 6289/73, *Airey c. Irlanda*, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD00628973, pár. 26.

consecuencias socio-económicas que para los Estados parte puede conllevar la protección de estos derechos⁵⁶. Una jurisprudencia más garante en los supuestos en los que se discute la prohibición de expulsión por motivos de salud, abriría la puerta a una exponencial llegada de nacionales de terceros Estados en busca de una sanidad de calidad. Sin embargo, con esta jurisprudencia se puede poner en entredicho, en alguna medida, el carácter absoluto del art. 3, en beneficio de los intereses político-económicos de los Estados parte.

3.2. *Los criterios mantenidos por el TJUE en M'Body*

Hasta 2016 la línea jurisprudencial seguida por el TJUE en estos supuestos es muy similar a la mantenida por el TEDH en *D. c. Reino Unido*. En concreto, el TJUE sostiene que:

«en los casos muy excepcionales en los que la devolución de un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad a un país en el que no existan los tratamientos adecuados vulnerase el principio de no devolución, los Estados miembros no podrán, por tanto, conforme al artículo 5 de la Directiva 2008/115, puesto en relación con el artículo 19, apartado 2, de la Carta, llevar a cabo esa devolución»⁵⁷.

Por tanto, el TJUE también defiende que se trata de supuestos excepcionales⁵⁸, que no conllevan, *per se*, la concesión de la protección subsidiaria, gracias a la cual un extranjero puede residir en el territorio de un Estado miembro, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2011/95/UE. Como ya se ha señalado en el epígrafe 2.1, los daños que define el art. 15, letra b) de la citada norma deben provenir de factores que directa o indirectamente son atribuibles al Estado de destino. Por esta razón, los daños graves a los que alude el art. 15, letra b) no pueden derivar de insuficiencias generales en el sistema sanitario de un tercer Estado. Estos supuestos sólo se podrían amparar en el art. 15, letra b) en el caso de que el Estado de origen denegara intencionadamente al solicitante esa asistencia médica⁵⁹.

En *M'Body*⁶⁰ el TJUE define los contornos de la protección ofrecida a los extranjeros aquejados de una enfermedad en el territorio europeo. Por una parte, sostiene que el art.

⁵⁶ Como mantiene en su opinión disidente el juez Pinto de Albuquerque: «this is a typical *argumentum ad consequentiam*, which considers that the disadvantages of a course of action based on a certain legal solution outweigh its advantages»; *S.J. c. Bélgica*, voto disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 7. Otro juez disidente opina que, si el CEDH y la naturaleza de los derechos en ella garantizados son condicionados a consideraciones políticas, como pueden ser las restricciones presupuestarias, los derechos reconocidos por el CEDH se verían anulados; *N. c. Reino Unido*, disidente conjunta de los jueces Tulkens, Bonello y Spuelmann, párr. 8.

⁵⁷ STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453, apdo. 48.

⁵⁸ Según el TJUE: «esos casos muy excepcionales se caracterizan por la gravedad y la naturaleza irreparable del perjuicio derivado de la devolución de un nacional de un tercer país a un país en el que exista un riesgo grave de que sufra tratos inhumanos o degradantes»; *Abdida*, apdo. 50.

⁵⁹ *Mohamed M'Body*, apdo. 41.

⁶⁰ Este caso se origina a partir de la cuestión prejudicial presentada ante el TJUE por el Tribunal Constitucional de Bélgica. En concreto, el juez nacional solicita al Tribunal de Luxemburgo la interpretación de algunos preceptos de la Directiva 2004/83/CE (Directiva de Reconocimiento, actualmente reemplazada por la Directiva 2011/95/UE), con el fin de aclarar si los Estados miembros están obligados a otorgar asistencia sanitaria y social en virtud de los artículos 28 y 29 de la Directiva, a un nacional de un tercer Estado autorizado a quedarse en el territorio belga sobre la base de una normativa nacional que le permitía la

15, letra b) de la Directiva de Reconocimiento define un daño grave consistente en someter a un extranjero en su país de origen a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes. De ello, el TJUE deduce que el legislador de la Unión previó la concesión de la protección subsidiaria únicamente en los casos en los que esos tratos se produjeran en el país de origen del solicitante⁶¹. Si bien, por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo mantiene que no constituyen un daño grave, a los efectos de la Directiva de Reconocimiento, los casos de insuficiencias generales del sistema de atención sanitaria en el Estado de destino, a menos que conlleven una denegación intencionada de asistencia médica⁶².

Por tanto, de conformidad con el ya citado art. 6 de la Directiva de Reconocimiento, la fuente de los daños graves debe provenir del resultado de actividades humanas; en otras palabras, para conceder la protección subsidiaria en este contexto es necesario identificar a un actor en el origen del riesgo de deterioro del estado de salud de un extranjero enfermo, resultante de un tratamiento insuficiente en el país de origen⁶³. En cualquier caso, se deja margen de apreciación a los Estados miembros para poder conceder o no la protección subsidiaria a los nacionales de terceros Estados aquejados de una grave enfermedad⁶⁴. Además, el Estado miembro podría autorizar al nacional del tercer Estado a permanecer en su territorio por motivos humanitarios y sobre una base discrecional que, en ningún caso, se corresponde con la protección brindada por la Directiva de Reconocimiento⁶⁵.

Se debe poner de manifiesto que la Sentencia *M'Body* se adopta el mismo día en el que el Tribunal también emite su fallo en *Abdida*⁶⁶, donde sostiene que la efectividad del recurso interpuesto por un extranjero contra una decisión de retorno, cuya ejecución pueda exponer al interesado a un riesgo grave de deterioro serio e irreparable de su estado de salud, exige que tenga efecto suspensivo⁶⁷. Además, en *Abdida* se mantiene que durante el

permanencia en Bélgica en razón de su estado de salud. En concreto, el Sr. *M'Body*, padece una gran discapacidad debido a un problema en su visión a consecuencia de un ataque sufrido en territorio belga. El solicitante recibe un permiso de residencia por razones médicas, pero se le niega un subsidio especial destinado a las personas con discapacidad.

⁶¹ *Mohamed M'Body*, apdos. 32 y 33.

⁶² *Ibid.*, apdo. 35.

⁶³ Se ha argumentado que las deficiencias de un sistema de salud son el resultado de fallas del Estado para construir y garantizar un sistema de salud adecuado. Conforme este razonamiento, el Estado podría ser considerado responsable de los daños graves derivados de la falta de infraestructuras para el manejo de ciertas enfermedades; J. PÉTIN, *Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union: un acte manqué?*, en <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/>.

⁶⁴ A tenor del TJUE «sería contrario al sistema general y a los objetivos de la Directiva 2004/83 conceder los estatutos que prevé a nacionales de terceros países que se hallan en situaciones carentes de nexo alguno con la lógica de protección internacional»; *Mohamed M'Body*, apdo. 44.

⁶⁵ Este tipo de protección discrecional por parte del Estado no puede incardinarse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Reconocimiento, tal y como manifiesta el considerando quince de la misma.

⁶⁶ Al Sr. *Abdida*, que padece VIH, se le niega la residencia por motivos de salud porque su país de origen alberga una infraestructura médica capaz de atender a las personas que padecen el virus VIH. En consecuencia, se le notifica una orden de salida del territorio. El Sr. *Abdida* presenta una apelación contra la denegación de un permiso de residencia y, mientras se encuentra a la espera del resultado de la apelación, se halla en una situación de indigencia total, pudiendo beneficiarse únicamente de la asistencia médica de urgencia. Véase un comentario de esta sentencia en: G. D'AVINO, *Rischio di deterioramento delle condizioni di salute del richiedente asilo: effetto sospensivo del ricorso avverso il rimpatrio e presa in carico delle necessità primarie del soggetto* *Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 18 dicembre 2014 (Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, causa C-562/13)*, en *Osservatorio SLSG*, 2014, 1-7. Disponible en: http://www.unisa.it/uploads/11987/davino_dic.14.pdf.

⁶⁷ De este modo, se podrá garantizar: «que la decisión de retorno no se ejecute antes de que una autoridad

aplazamiento de la expulsión el Estado miembro debe, en la medida de lo posible, dotar de cobertura sanitaria al tratamiento para la enfermedad del nacional del tercer Estado⁶⁸.

La distinta postura que sostiene el TJUE en estos dos casos, *M'Bodj* y *Abdida*, denota un desequilibrado umbral de protección; parece que ofrece garantías procesales satisfactorias, al tiempo que priva de las garantías materiales básicas. No obstante, se puede considerar que el TJUE sigue la jurisprudencia del TEDH que, como se ha demostrado en *D. c. Reino Unido*, también exige que la enfermedad del demandante sea de extrema gravedad para prohibir su expulsión de acuerdo con el art. 3 del CEDH. Al mismo tiempo que, de conformidad con esta disposición y los derechos que protege, concede amplias garantías procesales al dotar de efecto suspensivo al recurso interpuesto por el extranjero que alega que su expulsión vulnera lo establecido en el art. 3 del CEDH⁶⁹.

En suma, hasta 2016 los umbrales establecidos en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE para proteger al extranjero contra la expulsión en supuestos en los que su salud se ve gravemente afectada se pueden resumir del siguiente modo: el TEDH requiere que exista un grave y casi extremo peligro para el sujeto, unido a unas graves deficiencias en el sistema sanitario del Estado de origen; mientras que el TJUE exige que la falta de asistencia a la enfermedad del extranjero en el Estado de destino sea a consecuencia de una actitud

competente haya podido examinar la alegación de una infracción del artículo 5 de la Directiva 2008/115, interpretado a la luz del art. 19, apartado 2, de la Carta»; *Abdida*, apdo. 50. En concreto, según el TJUE, el hecho de no tener en cuenta el efecto suspensivo del recurso interpuesto contra la decisión de expulsión vulnera el principio de no devolución, de conformidad con el art. 19.2 de la CDFUE el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (en Diario Oficial de la Unión Europea L 348/98, de 24 de diciembre de 2008) –conocida como Directiva Retorno–, ya que expondría al solicitante al riesgo de tratos inhumanos o degradantes. Esta conclusión se refuerza a través de una referencia expresa a la Sentencia *N. c. Reino Unido* del TEDH. Por tanto, aunque el extranjero objeto de una decisión de expulsión no tiene derecho a permanecer en el territorio de un Estado y disfrutar de los servicios médicos ofrecidos en este país, en los casos en los que existe un riesgo de perjuicio grave e irreparable en caso de expulsión, tal decisión puede recaer en el ámbito del art. 3 del CEDH en la medida en que justifica la atribución de efectos suspensivos al recurso interpuesto contra la decisión de expulsión, de acuerdo con el art. 13 del CEDH. La finalidad última es garantizar que no se ejecute la decisión de expulsión antes de que la autoridad competente haya tomado una decisión sobre la supuesta vulneración del art. 5 de la Directiva de Retorno –que recoge el respeto al principio de no devolución–, y el art. 19.2 de la CDFUE; C. DI TURI, *Recenti tendenze*, cit., p. 25.

⁶⁸ En concreto el TJUE mantiene que la normativa de los Estados miembros, en la medida de lo posible, debe dar cobertura a las necesidades básicas de los extranjeros aquejados de una grave enfermedad con el fin de garantizar que se les pueda prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período en el que el Estado miembro interesado está obligado a aplazar la expulsión de ese extranjero a partir de la interposición de un recurso contra la decisión de expulsión adoptada contra él; *Abdida*, apdo. 62.

⁶⁹ El TEDH manifiesta que la noción “vía de recurso efectiva” en el sentido del art. 13 en relación con el art. 3 exige, en primer lugar, un examen independiente y riguroso de toda queja presentada por un individuo en una situación en la que existen motivos sustanciales para creer que esta persona corre un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al art. 3 y, en segundo lugar, una posibilidad de interrumpir la ejecución de la medida impugnada; véase, entre otros: STEDH de 11 de julio del 2000, demanda n.º 40035/98, *Jabari c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD004003598, p. 50; STEDH de 12 de abril de 2005, demanda n.º 36378/02, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2005:0412JUD003637802, p. 460; STEDH de 23 de febrero de 2012, demanda n.º 27765/09, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, párs. 198. Por ejemplo, en *De Souza Ribeiro c. Francia*, el TEDH considera que la premura en la ejecución de una orden de expulsión no puede hacer que los recursos disponibles sean ineficaces en la práctica y, por tanto, inaccesibles; STEDH de 13 de diciembre de 2012, demanda n.º 22689/07, *De Souza Ribeiro c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, p. 95.

deliberadamente mantenida por las autoridades estatales.

3.3. *La evolución de la jurisprudencia del TEDH a partir de Paposhvili c. Bélgica*

En 2016, con *Paposhvili c. Bélgica*⁷⁰, el TEDH protagoniza una evolución de cierta importancia en su jurisprudencia en este ámbito. En este caso el demandante padece una enfermedad mortal e incurable, leucemia linfocítica crónica, además de otros trastornos. Según los certificados médicos su estado de salud, en el momento en el que la decisión de expulsión debe ejecutarse, es estable. Por tanto, su vida no corre peligro de manera inminente, por consiguiente, puede viajar hasta Georgia. Si bien, el demandante alega que, además de tener un estado de salud precario, no tiene acceso a la medicación que necesita en este país ya que no pertenece a ninguna de las categorías de personas con derecho a una cobertura total del costo de los medicamentos y a la atención necesaria para que estos le sean administrados en un hospital. Pese a que, finalmente, el demandante muere meses antes del fallo, el Tribunal de Estrasburgo considera que existen importantes cuestiones en juego en este asunto, particularmente en relación con la expulsión de extranjeros gravemente enfermos. Además, el Tribunal reitera que su jurisprudencia no solo sirve para resolver los asuntos que se le plantean sino, en un sentido más amplio, para aclarar, salvaguardar y desarrollar los derechos contemplados por el CEDH, contribuyendo así al cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte⁷¹.

En un primer momento, el caso es analizado por la Sección Quinta del TEDH, quien concluye que no existe vulneración del art. 3 del CEDH en caso de que el demandante sea expulsado a Georgia. En concreto, la Sección Quinta basa su decisión en la existencia de medicamentos para estabilizar la leucemia en Georgia –si bien, reconoce que dicho tratamiento no es accesible para cualquier persona–. Asimismo, el Tribunal pone de manifiesto que el demandante tiene un hermano en Georgia que posee parcelas de tierra, por lo que la Sección Quinta deduce que el solicitante no quedará desprovisto de recursos en el Estado de destino. Asimismo, el Tribunal presta atención a que Georgia es un Estado parte del CEDH, por lo que se ha comprometido a respetar los derechos en él consagrados, incluido el art. 3. Y, por último, la Sección Quinta mantiene que, el presente caso, «is not characterised by compelling humanitarian considerations weighing against the applicant's expulsión»⁷².

Posteriormente, el caso es analizado por la Gran Sala del TEDH, quien concluye que las autoridades nacionales no han evaluado el riesgo al que se enfrenta el demandante en caso de ser expulsado, a la luz de la información sobre su estado de salud y la existencia de un tratamiento adecuado en Georgia. Por lo que el TEDH mantiene que «if the applicant had been returned to Georgia without these factors being assessed, there would have been a violation of Article 3»⁷³.

⁷⁰ STEDH de 13 de diciembre de 2016, demanda n.º. 41738/10, *Paposhvili c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810.

⁷¹ *Ibid.*, párs. 130 y 131.

⁷² *Ibid.*, apdos. 124 a 127. Esta conclusión fue adoptada por unanimidad y estuvo acompañada por la opinión parcialmente disidente del juez Pejchal, quien se mostró totalmente de acuerdo con el resto de jueces con respecto a la conclusión adoptada en relación al art. 3 del CEDH. Si bien, disiente con respecto a la conclusión acerca de que no hay violación del art. 8 del CEDH.

⁷³ STEDH de 17 de abril de 2014, demanda n.º. 41738/10, *Paposhvili c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2014:0417JUD004173810, p. 205 y 206.

En concreto, en *Paposhvili* el TEDH da contenido a la ambigua noción de “casos muy excepcionales”, establecida en *D. c. Reino Unido*, entendiendo por tal la situación de una persona gravemente enferma y sobre la que se demuestran razones sustanciales para creer que, aunque no esté en riesgo inminente de morir, correría un riesgo real debido a la ausencia de un tratamiento adecuado en el Estado de destino o a causa de la falta de acceso al mismo. Dicha noción, también abarca los supuestos en los que la expulsión expone a la persona a una disminución grave, rápida e irreversible de su estado de salud, lo que conlleva un sufrimiento intenso que se materializa en una reducción de su esperanza de vida⁷⁴.

La carga de la prueba recae en el demandante, quien es el encargado de aportar pruebas suficientes que demuestren que existen razones de peso para creer que, en el caso de ser expulsado, se vería expuesto a un riesgo real de sufrir un trato contrario al art. 3 del CEDH. Si bien, el Estado parte expulsor está obligado a despejar toda duda que pueda surgir a partir de las pruebas aportadas por el demandante⁷⁵, de conformidad con los criterios de valoración del riesgo establecidos por el TEDH. Si una vez examinada la información, persisten las dudas sobre el impacto de la expulsión en la persona afectada, el Estado debe obtener garantías individuales y suficientes del Estado receptor, con anterioridad a la expulsión, de que el demandante va a disponer de un tratamiento adecuado y accesible con el fin de no exponerlo a un trato contrario al art. 3 del CEDH⁷⁶. La obtención de tales garantías es necesaria con independencia de que el Estado de destino sea o no un Estado parte del Consejo de Europa. Si bien, no se hace referencia al tipo de autoridades que deben realizar la evaluación médica en caso de expulsión, dejando con ello un amplio margen de actuación a los Estados⁷⁷.

En *Paposhvili c. Bélgica*, la falta de la evaluación por parte del Estado belga sobre el riesgo al que se enfrenta el demandante, a la luz de la información sobre su estado de salud y la inexistencia de un tratamiento adecuado en el Estado de destino –Georgia–, son los motivos por los que la Gran Sala del TEDH determina que si las autoridades belgas llevan a cabo la expulsión se vulneraría el art. 3 del CEDH⁷⁸. Este es, por tanto, el tercer caso planteado ante el TEDH en el cual se determina que, por un motivo de salud, la expulsión de un extranjero supone una violación del art. 3.

La importancia de esta Sentencia radica en que después de muchos años el TEDH define los contornos y dota de contenido práctico y efectivo a la noción “otras consideraciones importantes”. Con ello, colma en buena medida las lagunas interpretativas que emergieron a la superficie con *D. c. Reino Unido* y a las que no se dio respuesta en casos posteriores. El umbral de gravedad establecido para ofrecer protección contra la expulsión ya no es tan elevado como en *D. c. Reino Unido*, puesto que se amplía el alcance del riesgo de violación del art. 3 del CEDH a los supuestos de “reducción significativa de la esperanza

⁷⁴ STEDH de 13 de diciembre de 2016, demanda n.º. 41738/10, *Paposhvili c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, p. 183.

⁷⁵ *Ibid.*, párs. 186 y 187.

⁷⁶ *Ibid.* p. 191. En este sentido, STEDH de 4 de noviembre de 2014, demanda n.º. 29217/12, *Tarakbel c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712, p. 120.

⁷⁷ En este sentido, como apunta algún autor, este tema no plantea dificultades para países como Bélgica o Francia, quienes cuentan con un procedimiento para este fin. Por contraparte, si puede presentarse en Estados en los que tal procedimiento *ad hoc* no existe; N. KLAUSSER, *Malades étrangers: la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité*, en *Rev. dr. homme*, 2017. Disponible en: <http://revdh.revues.org/2965>.

⁷⁸ *Paposhvili c. Bélgica*, párs. 205 y 206.

de vida” o de “sufrimiento intenso” de los extranjeros gravemente enfermos⁷⁹. Por tanto, el art. 3 puede ser de aplicación a situaciones relacionadas, por ejemplo, con determinadas condiciones de detención en el Estado de destino que pueden exacerbar una enfermedad mental.

La jurisprudencia del TEDH desarrollada hasta *Paposhvili* relacionado con extranjeros objeto de expulsión que adolecen de una enfermedad, se había centrado en valorar si el nivel de gravedad de la enfermedad del extranjero era lo suficientemente alto como para suspender la expulsión. Por lo que la cuestión del acceso a un tratamiento médico adecuado en el Estado de destino, quedaba relegada a un segundo plano. Con este nuevo pronunciamiento el Tribunal tiene en consideración desde un primer momento si la atención disponible en el Estado de destino es adecuada y suficiente para el tratamiento de la enfermedad del demandante⁸⁰.

Por tanto, con *Paposhvili* la jurisprudencia del TEDH acerca de la prohibición de expulsión de un extranjero por motivos de salud, ofrece una mayor protección al extranjero al aminorar los criterios exigidos y, en concreto el grado de enfermedad del extranjero, para sostener una vulneración del CEDH. Se permite a los Estados parte que hagan uso de su margen de apreciación nacional a la hora de evaluar la “reducción significativa de la esperanza de vida” y el “sufrimiento intenso” del extranjero gravemente enfermo. Si bien, los Estados deben ser especialmente rigurosos a la hora de examinar en estas situaciones la existencia de un riesgo real de sufrir la vulneración al art. 3 del CEDH de llevarse a cabo la expulsión⁸¹. Esta jurisprudencia no compele a los Estados parte a realizar acciones tendentes a superar las diferencias entre los sistemas de atención sanitaria de los Estados parte y entre estos y terceros Estados, así como tampoco da derecho a los nacionales de terceros Estados en situación administrativa irregular a recibir una atención médica gratuita e ilimitada⁸².

A la luz de los criterios interpretativos aplicados en *Paposhvili*, con carácter general se confirma que respecto a la evaluación prospectiva del riesgo a largo plazo, la especulación es inherente y aceptable en todas las investigaciones relativas a la posible vulneración del art. 3 del CEDH⁸³. Asimismo, se deben tener en cuenta las pruebas que podrían satisfacer a

⁷⁹ En concreto, el TEDH mantiene que: «The Court considers that the “other very exceptional cases” within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* (§ 43) which may raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. The Court points out that these situations correspond to a high threshold for the application of Article 3 of the Convention in cases concerning the removal of aliens suffering from serious illness»; *Ibid.*, p. 183.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 189.

⁸¹ El examen que evalúe la existencia de riesgo de tratos contrarios al art. 3 en el Estado de destino debe centrarse en las consecuencias previsible que la expulsión supondría, a la luz de la situación general en el Estado de destino y las circunstancias personales del solicitante; *Saadi c. Italia*, p. 128; STEDH de 28 de junio de 2011, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD000831907, p. 214; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párs. 116; STEDH de 13 de diciembre de 2012, demanda n.º. 39630/09, *El-Masri c. La ex República Yugoslava de Macedonia*, ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD003963009, p. 123; *Tarakbel c. Suiza*, párs. 104; STEDH de 21 de julio de 2015, demanda n.º. 41753/10, *H.S. y otros c. Chipre*, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD004175310, p. 271.

⁸² *Paposhvili c. Bélgica*, p. 192.

⁸³ *Ibid.*, p. 189. En este sentido: STEDH de 4 de septiembre de 2014, demanda n.º. 140/10, *Trabelsi c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:2014:0904JUD000014010, p. 151.

un tribunal interno para determinar el riesgo de vulneración del art. 3 en caso de expulsión⁸⁴.

3.4. *El TJUE asume la nueva doctrina del TEDH en MP*

Esta nueva línea jurisprudencial del TEDH ha propiciado un fluido diálogo judicial con el TJUE. Concretamente, en el marco de aplicación del sistema Dublín⁸⁵, el TJUE mantiene que el traslado de un solicitante de protección internacional al Estado miembro encargado de tramitar su solicitud solo puede llevarse a cabo en condiciones que sean conformes con el art. 4 de la CDFUE –prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes–. Por tanto, cuando el solicitante sufra una enfermedad mental o física grave, y su traslado implique un peligro real y cierto de deterioro físico o psíquico, el reenvío del solicitante al Estado miembro competente de tramitar su solicitud constituye un trato contrario al art. 4 de la CDFUE⁸⁶. En este asunto, los recurrentes en el litigio principal alegan que su traslado tiene consecuencias negativas para el estado de salud de la señora C.K. que podrían afectar igualmente al bienestar de su hijo recién nacido⁸⁷. En este contexto, el TJUE mantiene que no es posible excluir *ab initio* que, dada la especial gravedad del estado de salud de un solicitante de asilo, su traslado en aplicación del Reglamento Dublín III pueda implicar para él tal peligro. Como se ha señalado en el epígrafe 2.2, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes establecida en el art. 4 de la

⁸⁴ *Paposhvili c. Bélgica*, párs. 188 a 191. En la doctrina: A. ANDERSON, *Comment on Paposhvili v Belgium and the Temporal Scope of Risk Assessment*, en *EJIL: Talk*, 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/>; L. PERONI, *Paposhvili v. Belgium: Memorable Grand Chamber Judgment Reshapes Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Ill Persons*, en *Strasbourg Observers*, 2016.

⁸⁵ El sistema Dublín, está regulado por el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*, en *Diario Oficial de la Unión Europea* L 180/31, de 29 de junio de 2013. Este Reglamento tiene como finalidad la rápida determinación del Estado miembro responsable de tramitar la solicitud de protección internacional presentada por un extranjero, con el fin de garantizar el acceso efectivo y la rápida tramitación de las solicitudes, así como evitar el denominado *forum shopping*. El Capítulo II de este Reglamento contiene una jerarquía de criterios que permiten determinar el Estado miembro responsable de tramitar la solicitud de protección internacional del extranjero. Si ninguno de ellos es aplicable al caso concreto, existe una cláusula residual que establece que, en el supuesto de que el cruce de la frontera se haya llevado a cabo de forma irregular «el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional». Sobre la finalidad del sistema Dublín véase: STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. y M.E.*, ECLI:EU:C:2011:865, apdo. 79.

⁸⁶ *C.K. y otros*, apdo. 96. Por tanto, las autoridades del Estado miembro encargado de proceder al traslado son quienes deben disipar todas las dudas acerca de las repercusiones negativas que ese traslado supondría para el solicitante, así como tomar todas las precauciones necesarias para evitar posibles perjuicios en el estado de salud de la persona. En el caso de que estas precauciones no sean suficientes, el Estado miembro encargado del traslado deberá suspender dicho reenvío.

⁸⁷ En concreto la señora C.K. había tenido un embarazo de riesgo y sufría dificultades de carácter psiquiátrico desde el parto. Además, un psiquiatra especializado le había diagnosticado una depresión posparto y tendencias suicidas periódicas. Asimismo, de varios dictámenes médicos se deduce que el mal estado de salud de la señora C.K. se debe principalmente a su incertidumbre en cuanto a su estatuto y al estrés que ello le provoca. Incluso el deterioro de su estado de salud mental, según expertos, podría provocarle un comportamiento agresivo hacia ella misma y hacia terceros, lo que requería, en su caso, un tratamiento hospitalario; *C.K. y otros*, apdo. 37.

CDFUE corresponde a la formulada en el art. 3 del CEDH. Por ello, el Tribunal de Luxemburgo recuerda que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa al art. 3 del CEDH (epígrafe 2.1) debe ser tomada en consideración a la hora de interpretar el art. 4 de la CDFUE. En concreto, hace referencia a la Sentencia *Paposhvili* que, como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, establece que el sufrimiento provocado por una enfermedad de origen natural, ya sea física o mental, puede considerarse incluido en el ámbito de aplicación del art. 3 del CEDH si es exacerbado, o corre el riesgo de serlo, por un trato resultante de las condiciones de detención, de una expulsión o de otras medidas de las que se pueda considerar responsables a las autoridades; a condición de que el sufrimiento derivado de tales medidas alcance el nivel mínimo de gravedad exigido por este artículo⁸⁸

Por tanto, cuando el traslado de un solicitante de asilo, aquejado de una enfermedad mental o física particularmente grave, implica un peligro real y cierto de deterioro significativo e irremediable de su estado de salud, ese traslado constituye un trato inhumano y degradante, contrario al art. 4 de la CDFUE. En esta dirección, el TJUE ha reinterpretado la cláusula de discrecionalidad contenida en el art. 17.1 del Reglamento Dublín III⁸⁹. Si el Estado miembro expulsor constata que el traslado no se va a poder efectuar a corto plazo, y una suspensión a largo plazo podría socavar el estado de salud del extranjero, dicho Estado podría acudir a la denominada cláusula de discrecionalidad y encargarse de tramitar la solicitud de protección internacional⁹⁰.

Recientemente, en 2018 el TJUE aumenta el nivel de protección en su jurisprudencia. En concreto, ha mostrado especial atención a la particular vulnerabilidad que presentan aquellas personas cuyas afecciones psicológicas, que pueden verse agravadas por la expulsión, han sido ocasionadas por los tratos inhumanos o degradantes causados en su Estado de origen. En el asunto *MP* el solicitante, nacional de Sri Lanka, alega que, en caso de ser expulsado a este Estado, se vería abocado al suicidio debido a las secuelas psicológicas que padece como consecuencia de los actos de tortura a los que se vio sometido en el pasado. El TJUE sostiene que una persona que se encuentra en una circunstancia como la descrita en *MP*, tiene derecho no solo a no ser expulsado, sino también a ser beneficiario del estatuto de protección subsidiaria (epígrafe 2.2); siempre y cuando en el Estado de origen se vea privada de recibir los cuidados necesarios para tratar las secuelas psicológicas y físicas que presenta⁹¹.

La postura del TJUE en *MP* se aparta, al menos en parte, de su jurisprudencia anterior establecida en *M'Bodj*. Si bien, en este último caso el TJUE atiende a una interpretación teleológica de la Directiva de Reconocimiento, conforme a la cual la ausencia de medios en el Estado de origen no se considera como daño grave a los efectos de la concesión del estatuto de protección subsidiaria. Por tanto, el Tribunal de Luxemburgo en

⁸⁸ *Ibid.*, apdo. 68.

⁸⁹ De acuerdo con este precepto: «[...] cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento. El Estado miembro que decida examinar una solicitud de protección internacional con arreglo al presente apartado se convertirá en el Estado miembro responsable y asumirá las obligaciones vinculadas a esa responsabilidad [...]».

⁹⁰ *C.K. y otros*, apdo. 96.

⁹¹ *MP*, parte dispositiva. Véase un comentario a esta sentencia en: J. GARCÍA AMEZ, *Asistencia sanitaria, tortura y derecho a la protección subsidiaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de abril de 2018, Asunto C-353/16: MP (Protection subsidiaire d'une victime de tortures)*, en *LA LEY Unión Europea*, 2018, p. 1 s.

M' Bodj mantiene que únicamente se deben tener en cuenta los daños infringidos deliberadamente por parte de las autoridades estatales a los efectos de conceder la protección subsidiaria. De acuerdo con las circunstancias imperantes en *MP*, en este caso no hay una denegación deliberada por parte del Estado de destino para no proporcionar al solicitante la atención necesaria que necesita. Sin embargo, el TJUE mantiene que en el caso concurre un “daño grave” por el cual cabe la concesión de protección subsidiaria. Por tanto, en esta Sentencia el Tribunal de Luxemburgo se aparta de una interpretación estricta de la Directiva de Reconocimiento y se aproxima más a la jurisprudencia desarrollada por el TEDH en relación con el art. 3 del CEDH, como se ha analizado en el epígrafe 3.3. Asimismo, también se aparta de la opinión del Abogado General quien, basando su argumento en el asunto *M' Bodj*, mantiene en sus conclusiones que el deterioro de la salud mental de un extranjero aquejado de una afección psicológica, derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en su país de origen, sin que concurra una privación de asistencia denegada intencionalmente, no es suficiente para concederle protección subsidiaria; aun cuando la patología que padece el solicitante derive de actos de tortura sufridos en el pasado en su país de origen y en este lugar no contase con los tratamientos sanitarios adecuados⁹².

Asimismo, el TJUE asume los conceptos de “reducción significativa de la esperanza de vida” en el caso de un extranjero que sufre una enfermedad grave y enfermedad “particularmente grave” establecidos por el TEDH en *Paposhvili* y los extrapola a su jurisprudencia con las expresiones “deterioro significativo del estado de salud” y “sufrimiento intenso”, respectivamente; valiéndose de estas nociones para conceder la protección subsidiaria en un supuesto como el descrito en *MP*. Esta nueva línea jurisprudencial desarrollada por el TJUE consolida un fluido y respetuoso diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE, órganos que recientemente han desarrollado una línea más garante con los derechos humanos en la interpretación del CEDH y el Derecho de la UE, respectivamente, en los casos en los que se plantea la prohibición de expulsión de un extranjero por motivos de salud.

4. Consideraciones finales

El TEDH ha dejado claro en su jurisprudencia que, por un lado, los Estados parte del CEDH no tienen la obligación de aliviar las disparidades entre los sistemas de atención médica y los niveles de disponibilidad de los tratamientos existentes en los Estados a los que se expulsan extranjeros, mediante la concesión por los Estados parte de asistencia sanitaria ilimitada a los extranjeros enfermos; y, por otro lado, que los Estados parte deben atender a todas las circunstancias imperantes del caso a la hora de decidir la expulsión de un extranjero de acuerdo con las obligaciones dimanantes del art. 3 del CEDH, lo que implica valorar el estado de salud de la persona. En determinados casos, la expulsión de un extranjero que adolece de una grave patología puede suponer un trato contrario al art. 3 del CEDH. Por tanto, la expulsión de extranjeros gravemente enfermos se debe llevar a cabo mediante una ponderación entre la efectiva protección de sus derechos humanos y la tradicional discrecionalidad

⁹² Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 24 de octubre 2017, asunto C-353/16, *MP*, ECLI:EU:C:2017:795, p. 34.

de la que venían disfrutando los Estados para expulsar a los extranjeros de su territorio, incluso en un ámbito como este que puede presentar importantes consecuencias para los intereses socio-económicos de los Estados europeos.

En efecto, en este ámbito el TEDH trata de establecer un equilibrio entre el carácter absoluto del art. 3 del CEDH y la soberanía de los Estados en materia de expulsión de extranjeros enfermos. Hasta 2016 el Tribunal de Estrasburgo exige un elevado umbral de gravedad a la enfermedad del extranjero para prohibir su expulsión por motivos de salud. En concreto, exige que la enfermedad del extranjero se encuentre en una “fase crítica”. Sin embargo, no concreta las circunstancias que deben darse para evaluar la gravedad de la enfermedad, a los efectos de que pueda concluirse que la expulsión es contraria al art. 3 del Convenio de Roma. Esta laguna interpretativa da lugar a ciertas incoherencias en la jurisprudencia del TEDH, como se evidencia en los casos *D. c. Reino Unido* y *Aswat c. Reino Unido*, pronunciamientos en los que en alguna medida se muestra deferente con la soberanía de los Estados al justificar un alto nivel de exigencia a la gravedad de la enfermedad del extranjero. Pero se puede poner en discusión si esta jurisprudencia es acorde con el carácter absoluto que se atribuye al art. 3 del CEDH, y que el propio TEDH no permite quebrantar aun en contextos de presión migratoria excepcional o en situaciones relacionadas con la seguridad nacional.

A partir de 2016, con *Paposhvili* el TEDH rebaja el umbral de gravedad exigido a la enfermedad en su jurisprudencia anterior para proteger al extranjero contra la expulsión, al valorar circunstancias tales como la disponibilidad de un tratamiento médico adecuado en el Estado de destino. De forma paulatina, el TEDH protagoniza una jurisprudencia evolutiva y en buena medida más garante de los derechos humanos de los extranjeros y menos deferente con la soberanía estatal, mediante la prohibición, en determinadas circunstancias, de la expulsión del extranjero por cuestiones de salud, siempre en cumplimiento del art. 3 del CEDH. Esta jurisprudencia confirma el carácter absoluto del art. 3 del CEDH, también en supuestos en los que se plantea la prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud, a pesar de que se trata de un ámbito que puede presentar importantes implicaciones socio-económicas para los Estados partes en este tratado internacional.

A buen seguro, en 1950, en el momento de firmar el CEDH, los Estados no esperaban que la interpretación que el TEDH iba a llevar a cabo del art. 3 del CEDH podía dar lugar a la prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud. Se puede poner muy en duda si los Estados parte que firmaron el Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales pretendían asumir todo el conjunto de garantías jurídicas desarrolladas por el TEDH para evitar la expulsión de un extranjero ante el riesgo de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino. Las garantías jurídicas reconocidas por el TEDH en favor de los extranjeros objeto de expulsión, en concreto a aquellos gravemente enfermos, limita muy considerablemente la tradicional discrecionalidad de la que disfrutaban los Estados en un ámbito tan sensible para sus intereses soberanos como es la expulsión de extranjeros. En cualquier caso, es indiscutible que los Estados parte deben cumplir el CEDH y la jurisprudencia del TEDH que interpreta y aplica sus disposiciones en el desarrollo de las políticas migratorias estatales.

Por su parte, el TJUE ha dejado claro que el estatuto de protección subsidiaria no incluye todos los supuestos que abarca el art. 3 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH; sino únicamente aquellos casos en los que el riesgo de daño grave es causado por la conducta del Estado de origen. Sin embargo, recientemente el Tribunal de Luxemburgo, en

MP, defiende una interpretación más garantista con los derechos de los extranjeros ampliando el alcance de los mismos, en la dirección seguida por el TEDH, al mantener que una persona puede ser beneficiaria de protección subsidiaria cuando la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes recibidos en su Estado de origen pueden desembocar en una enfermedad o dolencia física o psíquica que no puede ser tratada con los cuidados necesarios en el país de su nacionalidad. En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo elude el hecho de que no concorra un acto u omisión intencionada de las autoridades públicas del Estado de destino, y aún en estas circunstancias atribuye al Estado miembro la obligación de proteger al extranjero y prohíbe su expulsión.

Por tanto, se puede considerar que la presentación de una solicitud de protección subsidiaria en un Estado miembro de la UE equivale a reclamar los medios necesarios para una rehabilitación lo más completa posible, la cual debe satisfacer el Estado miembro, pese a ser el Estado de destino el causante de los daños físicos y/o mentales. Esta interpretación bastante generosa de la Directiva 2011/95/UE supone ampliar considerablemente el contenido de las obligaciones de los Estados miembros en materia de protección subsidiaria. Si bien, esta línea jurisprudencial el TJUE permite interpretar las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento a la luz del art. 3 del CEDH y la interpretación que de este precepto realiza el TEDH, resultado este al que el TJUE está obligado en virtud del art. 6 del Tratado de la UE.

En definitiva, como se ha comprobado, el diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE, cada uno en su campo de actuación, se proyecta en el ámbito de la prohibición de expulsión de extranjeros a causa de determinadas circunstancias relacionadas con la salud. La jurisprudencia analizada en el presente trabajo permite poner de manifiesto un fluido y respetuoso diálogo judicial en la labor que desarrollan el TEDH y el TJUE en este tema. Esta confluencia interpretativa ha ido desarrollándose paralelamente en la dirección de una aplicación del CEDH y del Derecho de la UE más garantista con los derechos humanos de los extranjeros. Esta jurisprudencia permite vaticinar que, si finalmente la UE se adhiere al CEDH, no parece probable que se den divergencias de cierta importancia entre el TEDH y el TJUE, al menos con relación a la prohibición de expulsión de extranjeros por cuestiones de salud.