

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z (asuntos C-199/12 a C-201/12)

#### CONDICIONES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La presente sentencia resulta paradigmática pues, ante una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado (Raad van State) holandés, el TJUE tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de asilo por razón de la condición sexual y su configuración en el marco de la Unión, a la luz de la Directiva 2004/83/CE (en adelante, la Directiva). En concreto, el Tribunal deberá dilucidar, por un lado, si podemos entender que las personas homosexuales constituyen un determinado grupo social a la luz del artículo 10 de la mencionada Directiva y, en caso afirmativo, cuándo puede entenderse que dicho grupo social se ve sometido a un acto de persecución contrario al artículo 9 de la Directiva. Pero vayamos por partes.

**Antecedentes de hecho:** el origen de la cuestión prejudicial planteada se encuentra en tres solicitudes de asilo presentadas por tres individuos (X, Y y Z), naturales respectivamente de Sierra Leona, Uganda y Senegal. Los tres solicitantes fundan su derecho de asilo en su condición de homosexuales y en que en los tres países de los que proceden, por razón de esta condición, serán sometidos a actos de persecución contrarios a los derechos humanos. En efecto, en la legislación interna de los tres países mencionados, la homosexualidad está tipificada como delito y, en todos ellos, se establecen penas privativas de libertad para los considerados culpables que, además, en el caso de Sierra Leona y Uganda pueden llegar a ser de cadena perpetua –en Sierra Leona, en virtud del artículo 61 de la *Offences against the Person Act* (1861), los actos homosexuales se castigan con una pena privativa de libertad de un mínimo de 10 años y un máximo de cadena perpetua; en Uganda, a tenor del artículo 145 del Código Penal (1950), los homosexuales pueden ser castigados con pena privativa de libertad que puede llegar a ser de cadena perpetua, en su grado máximo. Finalmente, el artículo 319 del Código Penal senegalés establece para los culpables de actos homosexuales penas privativas de libertad que pueden ir de uno a cinco años, además de una multa [STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-201/12), pfo. 26]–. En los tres supuestos, el Ministro de Inmigración y Asilo holandés denegó la solicitud de asilo por entender que no quedaba demostrada la existencia de «temores fundados a ser perseguidos por pertenecer a un determinado grupo social» [STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-201/12), pfo. 28]. La denegación de asilo fue recurrida por los interesados ante el Rechtbank's-Gravenhage, contra cuyas resoluciones (estimatoria en el caso de X y parcialmente en el caso de Y y desestimatoria en el caso de Z) se

plantearon recursos ante el Raad van State (por el Ministro en los dos primeros casos y por el interesado en el tercero), quien, antes de adoptar una decisión en los tres litigios principales, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

**Cuestiones planteadas:** en la cuestión prejudicial planteada, el órgano nacional pide al TJUE que se pronuncie sobre tres cuestiones:

37. ¿Constituyen los extranjeros con una orientación homosexual un grupo social determinado en el sentido del artículo 10.1 d) de la Directiva?
38. En caso de que no sea así, ¿qué actividades homosexuales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva? En caso de actos de persecución por tales actividades y si se cumplen los demás requisitos, ¿puede ello dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado?
39. La mera tipificación penal y la amenaza de una pena privativa de libertad por las actividades homosexuales [...], ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9.1 a) de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo? En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito? (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 37). La segunda pregunta, a su vez, se divide en tres subpreguntas relativas a las siguientes cuestiones: la ocultación de su condición sexual, o al menos la discreción al respecto –preguntas a) y b)– y la esencia de la orientación sexual –pregunta c)–.

**Fundamentos de derecho:** Antes de entrar a valorar y resolver cada una de las cuestiones planteadas, el TJUE realiza unas observaciones generales que, a nuestro juicio, resultan de un gran interés: subraya que la Convención de Ginebra constituye el parámetro interpretativo de la Directiva al afirmar que aquella «constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para el *reconocimiento* del estatuto de refugiado y al *contenido* de éste fueron adoptados para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 39). Así, por tanto, la interpretación que se haga de la Directiva debe ser teleológica, teniendo presente que su finalidad es guiar a las autoridades nacionales en la aplicación de la Convención de Ginebra para que lo hagan de un modo uniforme y homogéneo y, por tanto, en base a conceptos y criterios comunes. Realizadas estas precisiones, el Tribunal se ocupa del análisis de cada una de las preguntas planteadas.

Por lo que se refiere a la primera pregunta, en esencia, lo que se le plantea al TJUE es si, a la luz de la Directiva (artículo 10.1 d)), puede entenderse que las personas homosexuales forman un determinado grupo social. En este sentido, el Tribunal señala que en virtud del mencionado artículo

se considera que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular, concurren dos requisitos acumulativos. Por un lado, los miembros del grupo han de compartir una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden

cambiarse, o bien una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad que no se les puede exigir que renuncien a ella. Por otro lado, dicho grupo ha de poseer una identidad diferenciada en el país tercero de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que le rodea (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 45).

Partiendo de tal definición y en relación con el primer requisito, el Tribunal entiende que parece constatado que «La orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 46). Respecto del segundo requisito, entiende el TJUE que

la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 48).

En relación con la tercera pregunta –el Tribunal considera necesario responder a esta cuestión antes de hacerlo en relación con la segunda pregunta planteada–, es decir, la determinación de qué constituye acto de persecución, el TJUE comienza afirmando que «la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto que afecte al interesado de un modo tan significativo como para alcanzar la gravedad requerida para considerar que tal tipificación penal constituya una persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 55). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta el tenor del artículo mencionado del que se deriva que para que una persecución deba ser interpretada en el sentido del artículo 1 de la sección a de la Convención de Ginebra es necesario que dicha violación alcance cierta gravedad; por tanto, no cualquier violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzará de forma automática y necesaria tal gravedad. Sin embargo, de esta afirmación no debe derivarse necesariamente la ausencia de persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva en el caso concreto; muy al contrario, el hecho de que en toda la normativa del país de origen analizada la pena que se deriva de la condición de homosexual sea la pena de cárcel entiende el TJUE que puede constituir por sí solo un acto de persecución, siempre y cuando sea efectivamente aplicada. En consecuencia, entiende el tribunal que «cuando una persona que solicita asilo invoca [...] la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales [...] proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican [...]. En el marco del mencionado examen, corresponde a las autoridades nacionales determinar si, en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de libertad prevista» y «determinar

si debe considerarse que, efectivamente, la persona que solicita asilo tiene fundados temores a ser perseguida al regresar a su país de origen» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfs. 58-60).

Finalmente, el TJUE se ocupa de la segunda cuestión planteada, es decir, si puede distinguirse entre actos homosexuales que sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y aquellos que no lo están y, por tanto, no justifican el reconocimiento del estatuto de refugiado. Lo esencial para dilucidar esta cuestión es partir de la base de que la Directiva «no prevé limitaciones relativas a la actitud que los miembros del grupo social específico pueden adoptar respecto a su identidad o respecto a los comportamientos que están o no incluidos en el concepto de orientación sexual» (pfo. 68). En este sentido, entiende el Tribunal que no es legítimo esperar que una persona oculte su condición o actúe con discreción a fin de no ser perseguido en su país de origen.

**Fallo:** Partiendo de las consideraciones recogidas supra, el Tribunal declara que:

20. El artículo 10.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una legislación penal [...], cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social.
21. El artículo 9.1 de la Directiva, en relación con la letra c) del apartado 2 de ese mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución.
22. El artículo 10.1, letra d) de la Directiva, en relación con el artículo 2, letra c), de la misma, debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos de su ámbito de aplicación los actos homosexuales considerados delictivos según la legislación nacional de los Estados miembros. A la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual.

Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Departamento de Derecho Internacional Público*  
*UNED*