

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 7 de noviembre de 2013 (*)

«Directiva 2004/83/CE – Normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria – Artículo 10, apartado 1, letra d) – Pertenencia a un determinado grupo social – Orientación sexual – Motivo de la persecución – Artículo 9, apartado 1 – Concepto de “actos de persecución” – Temores fundados a ser perseguido por pertenecer a un determinado grupo social – Actos lo suficientemente graves como para justificar tales temores – Legislación que tipifica como delito los actos homosexuales – Artículo 4 – Valoración individual de los hechos y circunstancias»

En los asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Raad van State (Países Bajos), mediante resoluciones de 18 de abril de 2012, recibidas en el Tribunal de Justicia el 27 de abril de 2012, en los procedimientos entre

Minister voor Immigratie en Asiel

y

X (asunto C-199/12),

Y (asunto C-200/12),

y

Z

y

Minister voor Immigratie en Asiel (asunto C-201/12),

con intervención de:

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (asuntos C-199/12 a C-201/12),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen (Ponente), Presidente de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Cuarta, y los Sres. M. Safjan y J. Malenovský y la Sra. A. Prechal, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. V. Tourrès, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de abril de 2013;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de X, por las Sras. H.M. Pot y C.S. Huijbers, advocaten;
- en nombre de Y, por el Sr. J.M. Walls, advocaat;

- en nombre de Z, por la Sra. S. Sewnath y el Sr. P. Brochet, advocaten, asistidos por la Sra. K. Monaghan y el Sr. J. Grierson, Barristers;
- en nombre del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, por la Sra. P. Moreau, en calidad de agente, asistida por la Sra. M.-E. Demetriou, Barrister;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. B. Koopman, C.S. Schillemans, C. Wissels y M. Noort, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y N. Graf Vitzthum y por la Sra. A. Wiedmann, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno helénico, por las Sras. G. Papagianni y M. Michelogiannaki, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues y S. Menez, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. L. Christie, en calidad de agente, asistido por la Sra. S. Lee, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Condou-Durande y el Sr. R. Troosters, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 11 de julio de 2013;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, p. 12 –corrección de errores en DO 2005, L 204, p. 24–; en lo sucesivo, «Directiva»), en relación con el artículo 9, apartado 2, letra c), de la Directiva y con su artículo 10, apartado 1, letra d).
- 2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de los litigios, por un lado, en los asuntos C-199/12 y C-200/12, entre el Minister voor Immigratie en Asiel (Ministro de Inmigración y Asilo; en lo sucesivo, «Minister»), y X e Y, nacionales de Sierra Leona y de Uganda, respectivamente, y, por otro lado, en el asunto C-201/12, entre Z, nacional de Senegal, y el Minister, en relación con la denegación por este último de las solicitudes de aquéllos destinadas a obtener un permiso de residencia temporal (asilo) en los Países Bajos.

Marco jurídico

Derecho internacional

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

- 3 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 [*Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 150, n° 2545 (1954); publicada en el BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978], entró en vigor el 22 de abril de 1954. La Convención fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, que a su vez entró en vigor el 4 de octubre de 1967 (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»).

- 4 En virtud del artículo 1, sección A, punto 2), párrafo primero, de la Convención de Ginebra, el término «refugiado» se aplicará a toda persona que, «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose [...] fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

- 5 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), en su artículo 8, que lleva como epígrafe «Derecho al respeto de la vida privada y familiar», dispone lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

- 6 El artículo 14 del CEDH, que lleva como epígrafe «Prohibición de discriminación», dispone lo siguiente:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

- 7 El artículo 15 del CEDH, bajo el epígrafe «Derogación en caso de estado de urgencia», estipula lo siguiente:

«1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 [“Derecho a la vida”], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 [“Prohibición de la tortura”], 4 (párrafo 1) [“Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”] y 7 [“No hay pena sin ley”].

[...]»

Derecho de la Unión

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

- 8 Los derechos que no pueden ser objeto de ninguna excepción con arreglo al artículo 15, apartado 2, del CEDH están consagrados en los artículos 2, 4, 5, apartado 1, y 49, apartados 1 y 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

Directiva

- 9 A tenor del considerando 3 de la Directiva, la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados.

- 10 Tal como se desprende del considerando 10 de la Directiva, en relación con el artículo 6 TUE, apartado 1, ésta respeta los derechos, las libertades y los principios reconocidos por la Carta. En especial, la

Directiva tiene por fin garantizar, sobre la base de los artículos 1 y 18 de la Carta, el pleno respeto de la dignidad humana y el derecho al asilo de los solicitantes de asilo.

11 Los considerandos 16 y 17 de la Directiva tienen el siguiente tenor:

«(16) Deben fijarse normas mínimas sobre la definición y el contenido del estatuto de refugiado para guiar a los organismos nacionales competentes de los Estados miembros en la aplicación de la Convención de Ginebra.

(17) Es necesario introducir criterios comunes para reconocer a los solicitantes de asilo la calidad de refugiados en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra.»

12 Según su artículo 1, el objeto de la Directiva es establecer normas mínimas relativas, por una parte, a los requisitos para el reconocimiento de protección internacional a nacionales de terceros países o apátridas y, por otra, al contenido de la protección concedida.

13 A tenor del artículo 2, letras c) y k), de la Directiva, a efectos de ésta, se entenderá por:

«c) “refugiado”: nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país [...]

[...]

k) «país de origen»: el país o los países de la nacionalidad o, en el caso de los apátridas, de la anterior residencia habitual.»

14 El artículo 4 de la Directiva define las condiciones de la valoración de los hechos y circunstancias y, en su apartado 3, dispone lo siguiente:

«La evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta:

a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican;

b) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución [...]

c) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución [...]

[...]»

15 En virtud del artículo 4, apartado 4, de la Directiva, el hecho de que un solicitante de asilo ya haya sufrido persecución o recibido amenazas directas de sufrir tal persecución constituirá un «indicio serio de los fundados temores del solicitante a ser perseguido», salvo que existan razones fundadas para considerar que tal persecución no se repetirá.

16 En sus apartados 1 y 2, el artículo 9 de la Directiva define los actos de persecución disponiendo lo siguiente:

«1. Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán:

- a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del [CEDH], o bien
- b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

[...]

- c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;

[...]»

17 El artículo 9, apartado 3, de la Directiva exige que los motivos de persecución mencionados en el artículo 10 de ésta y los actos de persecución estén relacionados.

18 El artículo 10 de la Directiva, titulado «Motivos de persecución», establece, por cuanto aquí interesa:

«1. Al valorar los motivos de persecución, los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos:

[...]

- d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:

- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y
- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. [...]

[...]»

19 Conforme al artículo 13 de la Directiva, el Estado miembro concederá el estatuto de refugiado al solicitante si éste reúne, en particular, los requisitos previstos en los artículos 9 y 10 de aquélla.

Derecho neerlandés

20 El artículo 28, apartado 1, letra a), de la Ley de extranjería de 2000 (Vreemdelingenwet 2000, Stb. 2000, n° 495) faculta al Minister para estimar, rechazar o no tramitar las solicitudes para la concesión de un «permiso de residencia temporal».

21 Con arreglo al artículo 29, apartado 1, letra a), de la citada Ley de 2000, el permiso de residencia temporal al que se refiere el artículo 28 podrá ser otorgado al extranjero «que tenga la condición de refugiado conforme a la Convención [de Ginebra]».

22 La Circular de extranjería de 2000 (Vreemdelingen-circulaire 2000), en la versión vigente en la fecha en que se presentaron las solicitudes de asilo de que se trata, dispone en el punto C2/2.10.2 lo siguiente:

«Cuando quien solicita el asilo alegue que ha encontrado dificultades debido a su orientación sexual, cabrá considerar, en determinadas circunstancias, que el interesado es un refugiado en el sentido de la Convención de Ginebra. [...]

Cuando exista represión basada en una norma penal que afecte únicamente a los homosexuales, se tratará de un acto de persecución. Así sucederá, por ejemplo, cuando el hecho de ser homosexual o la expresión de sentimientos específicamente homosexuales esté tipificado como delito o falta. Para que pueda llegarse a la conclusión de que el interesado tiene la condición de refugiado, deberá tratarse de una medida represiva que revista cierta gravedad. Así, la imposición de una mera multa será generalmente insuficiente para considerar que el interesado tenga la condición de refugiado.

No obstante, el mero hecho de que la homosexualidad o los actos homosexuales estén penalmente sancionados en un país no permite llegar, sin más, a la conclusión de que un homosexual procedente de dicho país tenga la condición de refugiado. El solicitante de asilo deberá acreditar (documentalmente si ello es posible) que tiene personalmente motivos fundados para temer ser perseguido.

No se exige a las personas con una orientación homosexual que oculten su preferencia sexual al volver a su país.

[...]»

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

- 23 X, Y y Z, nacidos en 1987, 1990 y 1982, respectivamente, presentaron sendas solicitudes de permiso de residencia temporal (asilo) en los Países Bajos los días 1 de julio de 2009, 27 de abril de 2011 y 25 de julio de 2010.
- 24 Para fundamentar sus solicitudes, X, Y y Z alegaron que debe reconocérseles el estatuto de refugiado porque tienen fundados temores de ser perseguidos a causa de su homosexualidad en sus respectivos países de origen.
- 25 Entre otros extremos, afirmaron haber sido objeto de violentas reacciones de diverso tipo por parte de sus familias y círculos más próximos o de actos represivos por parte de las autoridades de sus países de origen por motivo de su orientación sexual.
- 26 De las resoluciones de remisión se desprende que la homosexualidad está castigada penalmente en los países de origen de X, Y y Z. En efecto, en Sierra Leona (asunto C-199/12), a tenor del artículo 61 de la Ley de delitos contra las personas de 1861 (Offences against the Person Act de 1861), los actos homosexuales se castigan con una pena privativa de libertad de un mínimo de diez años y un máximo de cadena perpetua. En Uganda (asunto C-200/12), en virtud del artículo 145 del Código Penal de 1950 (Penal Code Act de 1950), toda persona declarada culpable de un delito definido como «conocimiento carnal contra natura» es castigada con pena privativa de libertad, cuyo grado máximo es la cadena perpetua. En Senegal (asunto C-201/12), con arreglo al artículo 319, apartado 3, del Código Penal senegalés, toda persona declarada culpable de cometer actos homosexuales es condenada a una pena privativa de libertad de uno a cinco años y a una multa de entre 100.000 francos CFA (BCEAO) (XOF) y 1.500.000 XOF (entre 150 y 2.000 euros aproximadamente).
- 27 Mediante órdenes ministeriales con fechas de 18 de marzo de 2010, 10 de mayo de 2011 y 12 de enero de 2011, el Minister decidió no conceder permisos de residencia temporal (asilo) a X, Y y Z.
- 28 Según el Minister, aun cuando resulta creíble la orientación sexual de los mencionados solicitantes de asilo, éstos no han acreditado suficientemente los hechos y circunstancias invocados y, por tanto, no han demostrado que, una vez que regresen a sus respectivos países de origen, albergarán temores fundados a ser perseguidos por pertenecer a un determinado grupo social.
- 29 A raíz de la denegación de sus solicitudes de permiso de residencia temporal (asilo), X y Z interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos ante el Rechtbank 's-Gravenhage. En cuanto a Y, éste presentó ante ese mismo tribunal una demanda destinada a obtener medidas cautelares.

- 30 Mediante sentencias de 23 de noviembre de 2010 y de 9 de junio 2011, respectivamente, el Rechtbank 's-Gravenhage estimó el recurso de X y admitió la demanda de medidas cautelares de Y. Entre otros extremos, dicho tribunal observó que, si bien era cierto que el Minister había podido considerar razonablemente que los hechos narrados en las solicitudes de asilo de X y de Y no resultaban creíbles, no lo era menos que, en cada uno de esos dos asuntos, aquél no había motivado suficientemente el extremo de determinar si, habida cuenta especialmente de la tipificación como delito de los actos homosexuales en los países de origen concernidos, resultaban fundados los temores de X y de Y a ser perseguidos a causa de su homosexualidad.
- 31 Mediante sentencia de 15 de agosto de 2011, el Rechtbank 's-Gravenhage desestimó el recurso interpuesto por Z, basándose para ello no sólo en que el Minister había podido considerar razonablemente que los hechos narrados por Z no resultaban creíbles, sino en que, además, de los datos y documentos aportados por Z no cabía deducir que existiera en Senegal una persecución generalizada de las personas homosexuales.
- 32 El Minister recurrió ante el Raad van State las dos sentencias que habían anulado sus resoluciones de denegar las solicitudes de asilo presentadas por X y por Y.
- 33 Z recurrió ante ese mismo tribunal la sentencia que había desestimado su recurso contra la resolución del Minister de denegar su solicitud de asilo.
- 34 El Raad van State ha precisado que no es objeto de controversia en apelación, en ninguno de los tres litigios principales, ni la orientación sexual de los solicitantes ni el hecho de que el Minister pudiera razonablemente considerar que los hechos narrados en las solicitudes de asilo no resultaban creíbles.
- 35 Por otra parte, el Raad van State ha precisado que el Minister expuso en lo sustancial que si bien, habida cuenta de la política en esta materia expuesta en el punto C2/2.10.2 de la Circular de 2000, no espera de los solicitantes de asilo que oculten su orientación homosexual en su país de origen, ello no implica que deban necesariamente tener libertad para hacer pública abiertamente su orientación sexual en ese país del mismo modo que en los Países Bajos.
- 36 El Raad van State hace constar, además, que las partes en los litigios principales mantienen opiniones divergentes sobre la cuestión de determinar en qué medida el hecho de vivir plenamente una orientación sexual como la que comparten X, Y y Z goza de protección en virtud de los artículos 9 y 10 de la Directiva.
- 37 En tales circunstancias, el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en cada uno de los tres litigios principales, las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Constituyen los extranjeros con una orientación homosexual un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de [la Directiva] [...]?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿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? Esta cuestión comprende a su vez las siguientes subcuestiones:
- a) ¿Puede esperarse de un extranjero con una orientación homosexual que mantenga oculta ante todos su orientación sexual en su país de origen con objeto de evitar tal persecución?
- b) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿cabe esperar, y en qué medida, de los extranjeros con una orientación homosexual que actúen con discreción al vivir su orientación sexual en el país de origen con objeto de evitar la persecución? ¿Cabe esperar a este respecto de los homosexuales una discreción mayor que de los heterosexuales?
- c) En el caso de que pueda establecerse en este contexto una distinción entre expresiones que afectan a la esencia de la orientación sexual y manifestaciones que no afectan a ésta, ¿qué se entiende por esencia de la orientación sexual y de qué modo puede apreciarse su existencia?

3) La mera tipificación penal y la amenaza de una pena privativa de libertad por las actividades homosexuales, tal como se recoge en [la Ley de delitos contra las personas de 1861 de Sierra Leona (asunto C-199/12), en el Código Penal [de 1950] de Uganda (asunto C-200/12) o en el Código Penal de Senegal (asunto C-201/12)], ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo? En caso de respuesta negativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito?»

38 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2012, se ordenó la acumulación de los asuntos C-199/12 a C-201/12 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

39 De los considerandos 3, 16 y 17 de la Directiva se desprende que la Convención de Ginebra 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 adoptadas 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 (sentencia de 5 de septiembre de 2012, Y y Z, C-71/11 y C-99/11, apartado 47 y jurisprudencia citada).

40 Así pues, la interpretación de las disposiciones de la Directiva debe efectuarse a la luz de la estructura general y de la finalidad de la misma, con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados en el artículo 78 TFUE, apartado 1. Según se desprende del considerando 10 de la Directiva, tal interpretación debe realizarse con respeto de los derechos reconocidos por la Carta (sentencia de 19 de diciembre de 2012, Abed El Karem El Kott y otros, C-364/11, apartado 43 y jurisprudencia citada).

Sobre la primera cuestión prejudicial

41 Mediante la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas en cada uno de los litigios principales, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, a la hora de valorar los motivos de persecución que se invocan para fundamentar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, puede considerarse que las personas homosexuales forman un determinado grupo social.

42 Para responder a esta cuestión, debe recordarse que, a tenor del artículo 2, letra c), de la Directiva, «refugiado» es, en particular, el nacional de un tercer país que se encuentra fuera del país de su nacionalidad debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.

43 Así pues, es preciso que el nacional de que se trate, debido a circunstancias existentes en su país de origen y al comportamiento de los autores de las persecuciones, experimente temores fundados a ser objeto de persecución por uno, al menos, de los cinco motivos enumerados en la Directiva y en la Convención de Ginebra, entre ellos su «pertenencia a determinado grupo social».

44 El artículo 10, apartado 1, de la Directiva define lo que constituye un determinado grupo social, a los efectos de que la pertenencia a un grupo de ese tipo pueda dar lugar a que se consideren fundados los temores a ser perseguido.

45 A tenor de esa definición, se considerará 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 lo rodea.

46 En lo que atañe al primero de los mencionados requisitos, consta 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. Esta interpretación viene corroborada por el artículo 10, apartado 1, letra d), párrafo segundo, de la Directiva, según el cual, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual.

47 El segundo requisito presupone que, en el país de origen de que se trate, el grupo cuyos miembros comparten la misma orientación sexual posea una identidad diferenciada por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

48 A este respecto, es preciso reconocer 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.

49 Procede, pues, responder a la primera cuestión planteada en cada uno de los litigios principales que el artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de 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 declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

50 Mediante la tercera cuestión planteada en cada uno de los litigios principales, cuestión que procede examinar antes que la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que el mero hecho de tipificar como delito los actos homosexuales y de castigar tales delitos con una pena privativa de libertad constituye un acto de persecución. En caso de respuesta negativa, el órgano jurisdiccional remitente pide que se determine en qué circunstancias procede considerar que existe un acto de persecución.

51 Para responder a esta cuestión, procede recordar que el artículo 9 de la Directiva define los elementos que permiten considerar que determinados actos constituyen una persecución en el sentido del artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra. A este respecto, el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva, disposición a la que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, especifica que los actos pertinentes deben ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos absolutos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del CEDH.

52 Por su parte, la letra b) del artículo 9, apartado 1, de la Directiva dispone que una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a) de dicho precepto, ha de considerarse también una persecución.

53 De las citadas disposiciones resulta que, para que una violación de los derechos fundamentales constituya una persecución en el sentido del artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra, dicha violación debe alcanzar cierta gravedad. Por lo tanto, no toda violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzará necesariamente tal gravedad.

54 A este respecto, procede declarar de inmediato que los derechos fundamentales relacionados específicamente con la orientación sexual sobre los que versa cada uno de los litigios principales, tales como el respeto de la vida privada y familiar, que reconoce el artículo 8 del CEDH –al que corresponde el artículo 7 de la Carta–, interpretado, en su caso, en relación con el artículo 14 del CEDH –en el que se inspira el artículo 21, apartado 1, de la Carta–, no están incluidos entre los derechos humanos fundamentales respecto de los cuales no es posible excepción alguna.

55 En tales circunstancias, 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, apartado 1, de la Directiva.

- 56 En cambio, la pena privativa de libertad que lleva aparejada una disposición legislativa que, como las controvertidas en los litigios principales, tipifica como delito los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, siempre que sea efectivamente aplicada en el país de origen que haya promulgado una legislación de este tipo.
- 57 En efecto, semejante pena infringe el artículo 8 del CEDH –al que corresponde el artículo 7 de la Carta– y constituye una sanción desproporcionada o discriminatoria en el sentido del artículo 9, apartado 2, letra c), de la Directiva.
- 58 En tales circunstancias, cuando una persona que solicita asilo invoca, como sucede en cada uno de los litigios principales, la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales, en el marco de su valoración de los hechos y circunstancias en virtud del artículo 4 de la Directiva, 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, tal y como prevé el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Directiva.
- 59 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 por una legislación de ese tipo.
- 60 A la luz de tales elementos incumbe a las autoridades nacionales determinar si debe considerarse que, efectivamente, la persona que solicita asilo tiene fundados temores a ser perseguida al regresar a su país de origen, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva, en relación con el artículo 9, apartado 3, de la misma.
- 61 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión planteada en cada uno de los litigios principales que el artículo 9, apartado 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.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

Observaciones preliminares

- 62 Mediante la segunda cuestión planteada en cada uno de los litigios principales, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si, en el supuesto de que deba considerarse que las personas homosexuales que solicitan asilo pertenecen a un determinado grupo social a efectos del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva, es necesario establecer una distinción entre los actos homosexuales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y aquellos otros que no están incluidos en él y no justifican, por tanto, que se reconozca el estatuto de refugiado.
- 63 Para responder a esta cuestión, que el órgano jurisdiccional remitente ha dividido en varias subcuestiones, ha de observarse que la misma contempla una situación en la que, como sucede en los litigios principales, la persona que solicita asilo no ha demostrado haber sido ya perseguida o haber sido ya objeto de amenazas directas de persecución por pertenecer a un grupo social específico cuyos miembros comparten la misma orientación sexual.
- 64 El hecho de que no existan indicios serios de los temores fundados de las personas que solicitan asilo, en el sentido del artículo 4, apartado 4, de la Directiva, explica por qué el órgano jurisdiccional remitente necesita saber en qué medida podría estar justificado, cuando la persona que solicita asilo no pueda fundamentar sus temores en una persecución ya sufrida, exigir al solicitante que, tras regresar a su país de destino, siga evitando el riesgo de persecución ocultando su homosexualidad o, al menos, actuando con discreción al vivir su orientación sexual.

Sobre las letras a) y b) de la segunda cuestión prejudicial

- 65 Mediante las letras a) y b) de la segunda cuestión prejudicial planteada en cada uno de los litigios principales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva, en relación con el artículo 2, letra c), de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no es razonable esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual. Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente pide que se determine, en su caso, si tal discreción debe ser mayor que la de una persona con orientación heterosexual.
- 66 A este respecto, procede precisar de inmediato que, a tenor del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva, no podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros.
- 67 Al margen de esos actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros, en el texto del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva no hay nada que indique que haya sido voluntad del legislador de la Unión excluir del ámbito de aplicación de dicha disposición otros determinados tipos de actos o expresiones relacionados con la orientación sexual.
- 68 En efecto, el artículo 10, apartado 1, letra d), de 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 a los efectos de dicha disposición.
- 69 El mero hecho de que del tenor literal del artículo 10, apartado 1, letra b), de la Directiva resulte que el concepto de religión comprenderá asimismo la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público no autoriza a llegar a la conclusión de que el concepto de orientación sexual, al que se refiere la letra d) de esa misma disposición, deba circunscribirse únicamente a los actos relacionados con el ámbito de la vida privada de la persona de que se trate, y no igualmente con los actos de su vida en público.
- 70 A este respecto, es preciso declarar que el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella.
- 71 Así pues, no es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen.
- 72 En lo que atañe a la discreción que se exige al interesado, cabe considerar que, en el sistema de la Directiva, las autoridades competentes, cuando valoran si una persona que solicita asilo tiene temores fundados a ser perseguida, pretenden determinar si las circunstancias acreditadas constituyen o no una amenaza de tal entidad como para que la persona afectada pueda temer fundadamente, a la luz de sus circunstancias personales, ser efectivamente objeto de actos de persecución (véase, en este sentido, la sentencia Y y Z, antes citada, apartado 76).
- 73 Esta valoración de la magnitud del riesgo, que deberá llevarse a cabo con atención y prudencia en todos los casos (sentencia de 2 de marzo de 2010, Salahadin Abdulla y otros, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, Rec. p. I-1493, apartado 90), se basa únicamente en una evaluación concreta de los hechos y circunstancias de conformidad con las reglas que figuran, en particular, en el artículo 4 de la Directiva (sentencia Y y Z, antes citada, apartado 77).
- 74 Ninguna de tales reglas indica que, al valorar la magnitud del riesgo de sufrir efectivamente actos de persecución en un contexto determinado, haya de tomarse en consideración la posibilidad del solicitante de asilo de evitar el riesgo de persecución, concretamente actuando con discreción al vivir una orientación sexual como miembro de un grupo social específico (véase, por analogía, la sentencia Y y Z, antes citada, apartado 78).

75 De lo anterior se deduce que deberá reconocerse al interesado el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 13 de la Directiva siempre que se acredite que, en el momento en que regrese a su país de origen, su homosexualidad le expondrá a un riesgo real de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva. A este respecto, no debe tenerse en cuenta el hecho de que el interesado podría evitar el riesgo actuando, al vivir su orientación sexual, con una discreción mayor que la de una persona heterosexual.

76 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las letras a) y b) de la segunda cuestión planteada en cada uno de los tres litigios principales, que el artículo 10, apartado 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 o actúe con discreción al vivir su orientación sexual.

Sobre la letra c) de la segunda cuestión prejudicial

77 Habida cuenta de la respuesta dada a las letras a) y b) de la segunda cuestión prejudicial, no ha lugar a responder a la letra c) de dicha cuestión prejudicial.

78 No obstante, procede recordar que, a efectos de determinar concretamente qué actos pueden ser considerados persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, no resulta pertinente distinguir entre aquellos actos que puedan afectar a la esencia de la expresión de la orientación sexual, suponiendo que sea posible identificarla, y aquellos otros que no pueden afectar a esa supuesta esencia (véase, por analogía, la sentencia Y y Z, antes citada, apartado 72).

Costas

79 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

- 1) **El artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de 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 declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social.**
- 2) **El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/83, 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.**
- 3) **El artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83, 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.

Firmas

* Lengua de procedimiento: neerlandés.