Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 11 de julio de 2013 [1]

Asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12

Minister voor Immigratie en Asiel
contra
X
e
Y
y
Z
contra
Minister voor Immigratie en Asiel

[Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State (Países Bajos)]

«Directiva 2004/83/CE — Requisitos que deben cumplir los nacionales de terceros países o apátridas que soliciten el estatuto de refugiados — Concepto de "persecución" — Orientación sexual»

1. Las presentes peticiones de decisión prejudicial del Raad van State (Países Bajos) se refieren a tres nacionales de terceros países que solicitan el estatuto de refugiados. Cada uno de ellos alega que tiene temores fundados a ser perseguidos por motivo de su orientación sexual.

2. El tribunal nacional plantea tres cuestiones relativas a la evaluación de solicitudes del estatuto de refugiado a la luz de las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2004/83/CE del Consejo (en lo sucesivo, «Directiva»).[2] En primer lugar, ¿constituyen los nacionales de terceros países que son homosexuales un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva? En segundo lugar, ¿cómo deben determinar las autoridades nacionales qué constituye un acto de persecución en relación con actividades homosexuales a los efectos del artículo 9 de la Directiva? En tercer lugar, ¿equivale la tipificación penal de esas actividades en el país de origen del solicitante, con la posibilidad de penas privativas de libertad en caso de ser condenado, a persecución en el sentido de la Directiva?

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva 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).

Marco jurídico

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

3. El párrafo primero del artículo 1, parte A, apartado 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»)[3] establece que 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, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

Derecho de la Unión Europea

Carta de los Derechos Fundamentales

4. El artículo 7 de la Carta los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»)[4] establece: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». El artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación, entre otros, por motivos de orientación sexual. El artículo 52, apartado 3, de la Carta establece que esos derechos deben interpretarse en consonancia con los correspondientes derechos garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»).[5]

Directiva

5. La Directiva constituye una de las distintas medidas destinadas a lograr un Sistema Europeo Común de Asilo.[6] Dicho sistema se basa en la aplicación de la Convención de Ginebra, que constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados.[7] La Directiva trata de establecer normas mínimas y criterios comunes entre todos los Estados miembros para el reconocimiento de los refugiados y el contenido del estatuto del refugiado,[8] para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional,[9] y para un procedimiento de asilo justo y eficaz. De esta forma, la Directiva respeta los derechos, libertades y principios reconocidos en la Carta.[10] El considerando 21 de la Directiva señala: «Es necesario igualmente introducir un concepto común del motivo de persecución "pertenencia a un determinado grupo social"».

3 — Firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951 [*United Nations Treaty Series*, vol. 189, p. 150, No 2545 (1954)], que entró en vigor el 22 de abril de 1954. Fue complementada y modificada por el Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, celebrado en Nueva York el 31 de enero de 1967, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967. Ambos instrumentos son conjuntamente designados en las presentes conclusiones como «Convención de Ginebra».

4 — DO 2010, C 83, p. 389.

5 — Los artículos 8 y 14 del CEDH, respectivamente, recogen derechos equivalentes. El artículo 8 protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar de una persona. El artículo 14 garantiza que los derechos y libertades reconocidos en el CEDH serán asegurados sin discriminación 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.

6 — Véanse los considerandos primero y segundo y el artículo 1 de la Directiva.

7 — Véase el tercer considerando de la Directiva. Véase también el decimoquinto considerando, conforme al cual las consultas con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados pueden proporcionar a los Estados miembros una valiosa orientación para determinar el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 1 de la Convención de Ginebra.

8 — Véase el cuarto considerando de la Directiva.

9 — Véanse los considerandos sexto, decimosexto y decimoséptimo de la Directiva.

10 — Véase el décimo considerando de la Directiva.

6. El artículo 2, letra c), de la Directiva dispone lo siguiente: «“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, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12».

7. Los Estados miembros podrán introducir normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado, siempre que tales normas sean compatibles con la Directiva. [11] El artículo 4 establece las normas relativas a la evaluación de las solicitudes de protección internacional. [12] El artículo 4, apartado 3, de la Directiva dispone que la evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual. El artículo 6 contiene una lista ilustrativa de «agentes de persecución», que incluye al Estado y a agentes no estatales.

8. El artículo 9, apartado 1, de la Directiva dispone:

«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).» [13]

9. El artículo 9, apartado 2, establece:

«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;

[…]»

10. El artículo 9, apartado 3, establece: «De conformidad con lo previsto en la letra c) del artículo 2, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución definidos en el apartado 1 del presente artículo deberán estar relacionados.»

11 — Véase el artículo 3 de la Directiva.

12 — En la actualidad hay tres asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia: los asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, A, B y C, relativos a la interpretación del artículo 4 de la Directiva y los criterios comunes para la evaluación de la credibilidad de la orientación sexual declarada del solicitante.

13 — Los derechos inalienables contemplados en el artículo 15, apartado 2, del CEDH son el derecho a la vida (artículo 2), las prohibiciones contra la tortura y la esclavitud y el trabajo forzado (artículos 3 y 4, respectivamente) y el derecho de la persona a no ser condenada sin el debido proceso legal previo (artículo 7).

11. El artículo 10 se titula «Motivos de persecución». El artículo 10, apartado 1, letra d), dispone:

«se considerará que un grupo constituye un grupo social determinado 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. Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo.»

Derecho nacional

12. La Vreemdelingenwet 2000 (Ley neerlandesa de extranjería; en lo sucesivo, «Vw 2000»), faculta al ministro competente (en lo sucesivo, «Ministro») [14] para estimar, rechazar o no tramitar las solicitudes para la concesión de un permiso de residencia por tiempo determinado (estatuto de refugiado). Puede concederse un permiso de residencia por tiempo determinado al extranjero que tenga el estatuto de refugiado conforme a la Convención de Ginebra.

13. La Vreemdelingencirculaire 2000 (Circular de extranjería; en lo sucesivo, «Circular») recoge las normas administrativas adoptadas por el Ministro en ejecución de la Vw 2000. La Circular dispone que constituye una práctica y jurisprudencia reiteradas que el concepto de persecución por pertenencia a un grupo social en el sentido del artículo 1, parte A, de la Convención de Ginebra comprende también la persecución por la orientación sexual. Las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado basadas en dicho motivo son evaluadas prestando especial atención a la situación del solicitante en su país de origen. Cuando ser homosexual o expresar la orientación sexual es objeto de sanciones penales en el país de origen del solicitante, la sanción aplicable debe ser de un determinado nivel de gravedad. Así, y por regla general, la imposición de una mera multa no basta para concluir que debe reconocerse automáticamente el estatuto de refugiado. Del hecho de que la homosexualidad o los actos homosexuales sean delitos en el país de origen del solicitante no se deduce que deba concederse automáticamente el estatuto de refugiado. El solicitante de asilo debe acreditar que tiene personalmente motivos fundados para temer ser perseguido. No se espera que los solicitantes homosexuales oculten su orientación sexual al volver a su país.

Hechos, procedimiento y cuestiones planteadas

14. Los solicitantes de los procedimientos principales han sido mantenidos en el anonimato y son referidos como X, Y y Z. X es nacional de Sierra Leona, Y es ugandés y Z es senegalés.

14 — En el momento en que se formularon las solicitudes, el ministro competente era el Ministro voor Immigratie en Asiel. Desde entonces, su título ha sido sustituido por el de «Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel».

15. Los actos homosexuales constituyen delitos en Sierra Leona según la Offences against the Person Act (Ley de delitos contra las personas) de 1861, y están sometidos a una pena privativa de libertad de un mínimo de diez años y un máximo de cadena perpetua. En Uganda, en virtud del artículo 145 del Penal Code Act (Código Penal) de 1950, la persona declarada culpable de un delito definido como «conocimiento carnal contra natura» es castigada con pena privativa de libertad. La pena máxima es de cadena perpetua. Las autoridades senegalesas consideran delito los actos homosexuales. En virtud del artículo 319, apartado tercero, del Code Pénal (Código Penal), una persona declarada culpable de cometer determinados actos homosexuales es condenada a una pena privativa de libertad de uno a cinco años y a una multa de entre 100.000 y 1.500.000 XOF [15] (alrededor de entre 150 y 2.000 EUR).

16. En los tres casos, el Ministro rechazó las solicitudes iniciales de permiso de residencia (estatuto de refugiado) con arreglo a la Vw 2000. A continuación, cada solicitante presentó un recurso contra dichas decisiones. X y Z recurrieron ante el rechtbank. Y presentó una solicitud de medidas cautelares. X e Y tuvieron éxito en sus respectivas solicitudes. El recurso de Z ante el rechtbank fue desestimado.

17. Posteriormente, el Ministro presentó recurso ante el Raad van State en los asuntos de X e Y. Z también ha recurrido ante dicho tribunal.

18. En ninguno de los tres casos se discute la orientación sexual del solicitante. [16]

19. En consecuencia, el Raad van State solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones con carácter prejudicial:

«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 a la concesión 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 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? Asimismo, ¿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 y manifestaciones que no afectan a ésta, ¿qué se entiende por esencia de la orientación y de qué modo puede apreciarse su existencia?

15 — Francos CFA de África del Oeste (BCEAO).

16 — El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en lo sucesivo, «ACNUR») incluyó a lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales dentro del ámbito de sus observaciones, y empleó el acrónimo «LGBTI» para dotar de un significado amplio a la expresión «orientación sexual». Sin embargo, y como los procedimientos principales se refieren a tres varones homosexuales solicitantes del estatuto de refugiado, he utilizado esa descripción en las presentes conclusiones.

3) La mera tipificación penal y la amenaza de una pena privativa de libertad por las actividades homosexuales, tal como se recoge en [la Offences against the Person Act 1861 of Sierra Leone, el Penal Code Act of Uganda y el Code Pénale de Senegal], ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra a), en relación con el apartado 2, inicio y letra c), de la Directiva? En caso de respuesta negativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito?»

20. Han presentado observaciones escritas X, Y y Z, ACNUR, los Gobiernos alemán, griego, francés, neerlandés y británico y la Comisión, quienes (con la salvedad del Reino Unido) asistieron a la vista celebrada el 11 de abril de 2013.

Apreciación

Observaciones preliminares

21. Existe cierto grado de solapamiento entre las distintas cuestiones del tribunal nacional. A la hora de interpretar los artículos 9 y 10, apartado 1, letra d), de la Directiva deben tenerse en cuenta los siguientes principios.

22. En primer lugar, es jurisprudencia reiterada que la Directiva debe interpretarse a la luz de su estructura general y su finalidad, con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados como su fundamentación jurídica (artículo 78 TFUE, apartado 1).[17] Como pone de manifiesto el décimo considerando de la Directiva, ésta también debe interpretarse de una forma coherente con los derechos reconocidos por la Carta.[18]

23. En segundo lugar, la Convención de Ginebra proporciona el contexto y, por tanto, señala la finalidad y estructura general de la Directiva, que contiene numerosas referencias a ésta. En consecuencia, dado que se pide al Tribunal de Justicia que proporcione una interpretación del artículo 9 y del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva, éste debe referirse a la Convención de Ginebra.[19]

24. Tercero, ni la Convención de Ginebra ni el CEDH contienen una referencia expresa al derecho a expresar una orientación sexual. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la orientación sexual ha evolucionado en el contexto del examen de las infracciones del artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar) y de la prohibición de la discriminación prevista en el artículo 14 CEDH.[20] En este sentido, es necesario examinar las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional a la luz de los principios desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[21]

17 — Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Y y Z (C-71/11 y C-99/11), apartado 48 y la jurisprudencia allí citada.

18 — Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Abed El Karem El Kott y otros (C-364/11), apartados 42 y 43 y la jurisprudencia allí citada.

19 — Véase el punto 32 de mis conclusiones en el asunto Abed El Karem El Kott y otros, citado en la nota 18.

20 — Sentencia Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, apartados 60 a 62, Serie A nº 45, en relación con el derecho a la vida privada. Véase X y otros c. Austria [GC], nº 19010/07, apartado 95, de 19 de febrero de 2013, en relación con el derecho a la vida familiar.

21 — Ciertos instrumentos regionales, como por ejemplo la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, garantizan el derecho a la no discriminación. No obstante, al igual que en la Convención de Ginebra y el CEDH, no existe una garantía expresa del derecho a la expresión de la orientación sexual. Véase «Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa», informe publicado por Amnistía Internacional el 25 de junio de 2013: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

25. Cuarto, a ese respecto, la Convención de Ginebra, al igual que el CEDH, no es inamovible. Es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales y de conformidad con la evolución del Derecho Internacional.[22] La jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos relativa al diferente trato de las relaciones homosexuales y heterosexuales en relación con la edad mínima de consentimiento muestra esa evolución del enfoque interpretativo del CEDH. Así, antes de 1997, la Comisión consideraba que adoptar una edad de consentimiento mínima más elevada para las relaciones homosexuales era compatible con el CEDH.[23] En el asunto Sutherland contra el Reino Unido, la Comisión revisó su jurisprudencia reiterada y se apartó de ella al decidir que, teniendo en cuenta cómo ha evolucionado la sociedad, mantener una edad de consentimiento superior para los actos homosexuales era discriminatorio, así como una infracción del derecho del solicitante al respeto a su vida privada.[24]

26. Por último, considero que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional se centran en la determinación de los criterios comunes que deben aplicarse a la hora de identificar a las personas auténticamente necesitadas de protección internacional que solicitan el estatuto de refugiados conforme a la Directiva alegando que son homosexuales. Los asuntos planteados en la segunda cuestión pueden definirse más como asuntos de política legislativa que de interpretación jurídica. En consecuencia, me ocuparé primero de las cuestiones primera y tercera, que plantean asuntos sencillos relativos a la interpretación de la redacción de la Directiva, para abordar después la cuestión segunda.

Primera cuestión

27. Con su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si los solicitantes del estatuto de refugiado que tienen una orientación homosexual pueden constituir un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva.

28. Todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia (con la excepción del Reino Unido, que no abordó este punto) están de acuerdo en que la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa.

29. Yo comparto esa opinión.

30. En el procedimiento principal relativo a Z, las pruebas presentadas ante el órgano jurisdiccional nacional de primera instancia (el rechtbank) no convencieron a éste de que en Senegal las personas con una orientación homosexual son generalmente perseguidas o discriminadas. Por tanto, el rechtbank estimó que el solicitante no pertenecía a un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva.[25]

31. El artículo 10 contiene dos apartados. El apartado 1 ordena a los Estados miembros que tengan en cuenta determinados elementos a la hora de valorar los *motivos de persecución*. A este respecto, el artículo 10, apartado 1, letra d), define el concepto de lo que constituye un grupo social determinado. A continuación, el apartado 2 se ocupa de cómo valorar si un solicitante concreto tiene *fundados*

22 — Véase la sentencia Mamatkulov y Askarov c. Turquía [GC], nº 46827/99 y nº 46951/99, apartado 121, TEDH, 2005-I, en relación con el CEDH en general. Véanse los apartados 5 a 7 de las Directrices sobre protección internacional nº 9, de 23 de octubre de 2012, disponibles en www.unhcr.org/509136ca9.html (en lo sucesivo, «Directrices ACNUR»), relativas a la Convención de Ginebra.

23 — Asunto X c. República Federal de Alemania, nº 5935/72c decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1975, apartado 2; asunto Johnson c. Reino Unido, nº 10389/83, decisión de la Comisión de 17 de julio de 1986.

24 — Nº 25186/94, decisión de la Comisión de 1 de julio de 1997, apartados 58 a 66.

25 — Dicha apreciación del rechtbank se menciona en la petición de decisión prejudicial del Raad van State. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente no ha señalado si comparte la opinión del rechtbank. Mi opinión es que el Raad van State se ha referido a las apreciaciones del rechtbank para explicar sus propios motivos para recabar orientación sobre la interpretación del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva. En consecuencia, en mi evaluación he tenido en cuenta las apreciaciones del rechtbank.

temores a ser perseguido. De lo anterior se deduce que un solicitante no tiene que probar que es objeto de persecución o discriminación en su país de origen [26] (elementos que forman parte del artículo 10, apartado 2) para demostrar que pertenece a un grupo social determinado [es decir, que está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 10, apartado 1, letra d)].

32. ¿Pueden los homosexuales varones pertenecer a un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva?

33. Al contrario que la Convención de Ginebra, que únicamente se refiere a la «pertenencia a determinado grupo social», la expresión «orientación sexual» se emplea en la Directiva sin ser definida. El hecho de que el legislador de la Unión Europea hiciera referencia expresa a la pertenencia a un grupo social por motivos de orientación sexual en el artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva puede deberse a que en el momento en que la Comisión presentó su propuesta empezaba a reconocerse que las personas pueden verse obligadas a huir de la persecución y buscar protección internacional por esa razón, [27] aun cuando dicho motivo no fuera expresamente incluido en la Convención de Ginebra. [28]

34. El artículo 10, apartado 1, letra d), comienza diciendo que «se considerará que un grupo constituye un grupo social determinado si, en particular […]», frase que va inmediatamente seguida de dos guiones (el primero contiene tres opciones separadas por la conjunción «o»). Los guiones están unidos por la conjunción «y», lo que indica que contienen condiciones acumulativas que deben cumplirse. No obstante, el artículo referido continúa afirmando (expresamente): «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 […].»

35. Teniendo en cuenta este texto y engarzándolo con los dos guiones inmediatamente precedentes, me parece que el legislador de la Unión Europea ha dejado meridianamente claro que las personas con una característica compartida de orientación sexual pueden efectivamente pertenecer a un grupo social determinado a efectos del artículo 10, apartado 1, letra d). Esas personas cumplen con el requisito del primer guion (yo diría que, en cualquier caso, porque están incluidas en la tercera opción: «comparten una característica […] que resulta tan fundamental para su identidad […] que no se les puede exigir que renuncien a ella»). Dependiendo de las circunstancias en el país de origen, también pueden cumplir con el requisito del segundo guion (que «dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea»). Determinar si dichas personas cumplen con el requisito del segundo guion exige una valoración de las normas jurídicas y de las costumbres sociales y culturales del país de origen del solicitante. Ése es un asunto que las autoridades nacionales competentes deben resolver atendiendo a los hechos, sin perjuicio de su control por el órgano jurisdiccional nacional.

26 — El rechtbank puede haberse confundido por el hecho de que el segundo guion del artículo 10, apartado 1, letra d), se refiere a un grupo que posea una identidad diferenciada por «ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea». Sin embargo, en sí misma, ser «percibido como diferente» es una circunstancia neutral. Ser perseguido o discriminado, obviamente, no lo es.

27 — Véase COM(2001) 510 final, en concreto la parte 3.

28 — Las Directrices de la ACNUR remiten ahora a los Principios de Yogyakarta relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, adoptados en 2007. En el apartado 4 del preámbulo de los Principios de Yogyakarta, la expresión «orientación sexual» se refiere a la «capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas».

36. En consecuencia, considero que debe responderse a la primera cuestión que los solicitantes del estatuto de refugiado que tienen una orientación homosexual pueden constituir, en función de las circunstancias imperantes en su país de origen, un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83. Al órgano jurisdiccional nacional le corresponderá valorar si dicho grupo tiene una «identidad diferenciada», en el país de origen de cada solicitante, «por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea», en el sentido del segundo guion de dicha disposición.

Tercera cuestión

37. Con su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si la tipificación penal de los actos homosexuales con la posibilidad de penas privativas de libertad en caso de ser condenado equivale a un acto de persecución en el sentido del artículo 9 de la Directiva.

38. En los procedimientos nacionales se han alcanzado ciertas conclusiones que se refieren a los tres solicitantes. En cuanto a X, la homosexualidad no está en sí misma tipificada penalmente en Sierra Leona, si bien determinados actos homosexuales son objeto de sanción penal. Respecto a Y, la homosexualidad constituye en sí misma un delito en Uganda.[29] Por lo que se refiere a Z, no parece que la homosexualidad esté penalmente tipificada como tal, pero ciertos actos homosexuales son objeto de sanción penal en Senegal.[30]

39. Habida cuenta de que no se discute que los tres solicitantes son homosexuales, en las presentes conclusiones no he hecho distinción alguna entre la situación en Uganda (donde se ha concluido que la homosexualidad está en sí misma tipificada penalmente) y en Sierra Leona o Senegal (donde ciertos actos homosexuales son objeto de sanción penal).[31]

40. X, Y y Z alegan que el artículo 9 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la tipificación penal de las actividades homosexuales constituye en sí misma un acto de persecución. La Comisión, los Gobiernos de los Estados miembros que presentaron observaciones y la ACNUR coinciden en cierta medida en su oposición a dicha opinión.

41. En el seno de la Unión Europea se ha producido un cambio de planteamiento en el sentido de que ahora se considera contraria al CEDH toda legislación que tipifique penalmente e imponga sanciones a los actos homosexuales consentidos realizados entre adultos en privado.[32] Por tanto, es obvio que dichas medidas constituirían en la actualidad una vulneración de los derechos fundamentales de la persona en todos los Estados miembros, con independencia de que sean activamente aplicadas. Sin embargo, el objetivo de la Directiva no es el de otorgar protección siempre que una persona no pueda ejercer plena y efectivamente en su país de origen las libertadas garantizadas en la Carta de los

29 — En los casos de X e Y, dichas conclusiones de primera instancia (realizadas respectivamente por el rechtbank y el juez que conoció de la solicitud de medidas provisionales) se mencionan en la petición de decisión prejudicial del Raad van State. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente no ha señalado si comparte la opinión de los tribunales de primera instancia. Mi opinión es que el Raad van State se ha referido a dichas conclusiones al objeto de explicar sus motivos para recabar orientación sobre la interpretación del artículo 9, apartado 1, de la Directiva; por lo tanto, las he tenido en cuenta en mi valoración.

30 — Véase el punto 15 de las presentes conclusiones.

31 — Tengo entendido que las autoridades neerlandesas adoptan una posición similar en su Circular: véase el punto 13 de las presentes conclusiones.

32 — Aparte del asunto Dudgeon, citado en la nota 19 anterior, los asuntos más conocidos son Norris c. Irlanda de 26 de octubre de 1988, serie A nº 142, y Modinos c. Chipre, de 22 de abril de 1993, serie A nº 259. La legislación nacional en cuestión en el asunto Modinos fue derogada hace relativamente poco (en 1997). Consúltese también la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos relativa a la discriminación y la edad mínima para actos homosexuales y heterosexuales mencionada en el apartado 24 y en las notas 23 y 24 anteriores.

Derechos Fundamentales o en el CEDH. Dicho de otra forma: el objetivo no es el de exportar esas normas. [33] De lo que se trata es de restringir el reconocimiento del estatuto de refugiado a aquellas personas que estén expuestas a denegaciones graves o vulneraciones sistemáticas de sus derechos más fundamentales y cuya vida se haya vuelto insoportable en sus países de origen.

42. ¿Constituye necesariamente lo que en el seno de la Unión Europea sería una vulneración de un derecho fundamental un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva?

43. El artículo 9, apartado 1, dispone que «[l]os 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 […], 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)». De las menciones «suficientemente graves», «violación grave» y «acumulación […] que sea lo suficientemente grave» se deduce que no toda vulneración de los derechos humanos (por condenable que pueda efectivamente ser) tiene la consideración de «acto de persecución» a efectos del artículo 9. De hecho, la enumeración ilustrativa de actos de persecución incluida en el artículo 9, apartado 2, expresamente se remite al criterio establecido en el artículo 9, apartado 1, en la medida en que afirma que «[l]os actos de persecución *definidos en el apartado 1*» [34] pueden incluir, entre otros, los expuestos en las letras a) a f). El artículo 9, apartado 3, deja claro, además, que debe existir una relación entre los motivos de persecución (artículo 10) y los actos de persecución definidos en el artículo 9, apartado 1.

44. Se plantea una dificultad conceptual en la medida en que, cuando la Carta protege una libertad fundamental, *cualquier* persecución o castigo de una persona por ejercerla sería, por definición, «desproporcionada» *en el seno de la Unión Europea*. Por tanto, yo utilizo la referencia del artículo 9, apartado 2, letra c) –la entrada en la lista no exhaustiva de actos de persecución que parece más relevante para el presente procedimiento– a «procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios» como equivalente a «procesamientos o penas que sean graves o discriminatorios».

45. A mi juicio, a la hora de determinar si –sobre esa base– los actos que prohíben la expresión de la orientación sexual llegan a constituir «actos de persecución» en el sentido del artículo 9, apartado 1, las autoridades nacionales deben tener especialmente en cuenta: (i) las pruebas relativas a la aplicación de las disposiciones penales en el país de origen del solicitante, como las concernientes a si las autoridades realmente acusan y procesan a las personas; (ii) si las sanciones penales se ejecutan y, en ese caso, la gravedad de dichas sanciones en la práctica, y (iii) la información relativa a los usos y costumbres de la sociedad en general en el país de origen. [35]

46. A la hora de valorar una solicitud de estatuto de refugiado, lo determinante es si un hecho concreto o la suma de varios llevan a la conclusión de que el solicitante tiene un temor fundado a que sus derechos humanos fundamentales vayan a ser vulnerados si regresa a su país de origen. [36]

47. Las sanciones penales que conllevan un largo período de encarcelamiento por expresar una orientación homosexual podrían equipararse a una infracción del artículo 3 CEDH (la prohibición de tratos o penas inhumanos o degradantes) y, por tanto, tener la suficiente gravedad como para constituir una grave violación de los derechos humanos fundamentales a efectos del artículo 9, apartado 1, de la Directiva.

33 — F. c. Reino Unido, nº 17341/03, apartado 3, e I.I.N. c. Países Bajos, nº 2035/04. Dicha exportación podría de hecho considerarse como una forma de imperialismo cultural o de los derechos humanos.

34 — La cursiva es mía.

35 — Así, si se prohíbe y castiga la expresión de intimidad sexual en público entre adultos heterosexuales, la mera aplicación de la misma norma a adultos homosexuales no equivaldría a un acto de persecución. No obstante, la situación será distinta si la ley nunca se aplica contra los heterosexuales pero se aplica activamente contra los homosexuales. Véase el punto 75 de las presentes conclusiones.

36 — Véase la sentencia Y y Z citada en la nota 17 anterior, apartados 53 y 54.

48. Desde ese punto de vista, para mí está claro (incluso a falta de información pormenorizada sobre la naturaleza de las infracciones relativas a los solicitantes de los procedimientos principales, así como sobre las penas concretas normalmente impuestas por tales infracciones) que, en un sentido general, las sanciones impuestas en Sierra Leona, Uganda y Senegal podrían equipararse a una pena que sea «desproporcionada» en el sentido del artículo 9, apartado 2, letra c), de la Directiva. Es cierto que las penas tipificadas por cometer determinados actos homosexuales en Senegal no son tan severas como las de Sierra Leona o Uganda. Antes de concluir que, por dicho motivo, no se ha llegado al umbral de los actos de persecución del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el riesgo de una persecución aislada o reiterada y la sentencia impuesta si la persecución acaba con una condena.

49. Por tanto, en términos generales corresponde a las autoridades nacionales, tras valorar si debe considerarse que un solicitante concreto, por motivo de su orientación homosexual, pertenece a un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), examinar si las circunstancias imperantes en su país de origen son tales como para dar lugar a actos de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1. Con este fin, deben valorar si son de aplicación medidas represivas a quienes pertenezcan, o se considere que pertenecen, a ese grupo social;[37] si se aplican dichas medidas y la gravedad de las sanciones impuestas, y si –por tanto– el solicitante tiene temores fundados a ser perseguido. Obviamente, la decisión de las autoridades nacionales sobre estos asuntos debe estar sometida al control de los órganos jurisdiccionales nacionales al objeto de garantizar la correcta aplicación de los criterios establecidos en la Directiva.

50. En consecuencia, considero que debe responderse a la tercera cuestión remitida que la tipificación penal de una actividad no constituye en sí misma un acto de persecución a efectos del artículo 9, apartado 1, de la Directiva. Corresponde a las autoridades nacionales competentes valorar, a la luz de las circunstancias imperantes en el país de origen del solicitante en relación, en concreto, con: (i) el riesgo y la frecuencia de la persecución; (ii) en el caso de que la persecución acabe con una condena, la gravedad de la sanción normalmente impuesta, y (iii) cualesquiera otras medidas y usos sociales de los que el solicitante pueda razonablemente temer ser objeto, si un solicitante concreto puede ser objeto bien de actos que sean lo suficientemente graves por su naturaleza o por su carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos, o bien de una acumulación de varias medidas, incluidas violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar de modo similar al solicitante.

Segunda cuestión

51. Con la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional recaba orientación sobre si, en los casos en que se considere que un solicitante homosexual pertenece a un grupo social determinado a efectos del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva, hay ciertas actividades homosexuales incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva que exigen conceder el estatuto de refugiado.

52. A continuación, el tribunal nacional formula diversas subcuestiones[38] relativas a los criterios comunes aplicables a la hora de determinar quién se beneficia del estatuto de refugiado. En primer lugar, pregunta en qué medida está protegida la expresión pública o privada de la orientación homosexual por el artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva. En segundo lugar, si puede esperarse que un solicitante mantenga oculta su orientación sexual al objeto de evitar ser perseguido en su país de origen. En tercer lugar, si cabe esperar, y en qué medida, que actúe con discreción a la

37 — Véanse los artículos 9, apartado 3, y 10, apartado 2.

38 — He reordenado esas subcuestiones para separar los distintos temas planteados por el órgano jurisdiccional nacional.

hora de expresar su orientación homosexual. Cuarto, qué se entiende por esencia de una orientación sexual. Por último, si excluye la legislación de la Unión Europea en general o la Directiva en particular la posibilidad de distinguir entre la protección a que los nacionales de terceros países tienen derecho en función de si su orientación sexual es homosexual o heterosexual.

53. Antes de abordar estas subcuestiones es necesario hacer varios comentarios preliminares.

54. En primer lugar, el órgano jurisdiccional nacional recaba fundamentalmente orientación sobre cómo realizar la pormenorizada valoración que contemplan los artículos 9 y 10 de la Directiva. El artículo 10, apartado 1, letra d), señala un límite expreso de lo que puede constituir un grupo social en función de características comunes de orientación sexual, en la medida en que claramente indica que «[n]o podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros». Así, una orientación sexual que implicase que el solicitante realizara una mutilación genital forzosa de su compañera sexual al objeto de hacerla «digna» de mantener relaciones sexuales con él no sería admisible para su protección por el artículo 10, apartado 1, letra d). El artículo 9 contiene una definición [artículo 9, apartado 1, letras a) y b)], seguida de una lista no exhaustiva (artículo 9, apartado 2) y del requisito de que debe haber una relación entre los motivos y los actos de persecución (artículo 9, apartado 3), pero es taxativo en cuanto a lo que puede constituir una acto de persecución.

55. En segundo lugar, no está clara la relación concreta entre las subcuestiones formuladas con los asuntos planteados en los procedimientos principales. Antes bien, el órgano jurisdiccional nacional parece solicitar orientación sobre cómo debe aplicarse la Directiva en general. Esto va más allá de las competencias del Tribunal de Justicia en un procedimiento de decisión prejudicial. [39]

56. En tercer lugar, en un terreno más práctico, el órgano jurisdiccional nacional explica que las autoridades de los Países Bajos consideran que las actividades homosexuales son merecedoras de la misma protección que las actividades heterosexuales. Sin embargo, yo no considero que la valoración deba centrarse en las actividades del solicitante. En esencia, los artículos 9 y 10 no se refieren a la conducta de la persona que recaba el estatuto de refugiado. Se refieren más bien a los posibles actos de persecución y los motivos de éstos, es decir, a la conducta activa de los posibles agentes de la persecución, más que a la conducta cotidiana de la posible víctima.

57. En cuarto lugar, para llevar a cabo dicha valoración es necesario, por supuesto, tener en cuenta las restricciones a que estaba sometido el solicitante antes de dejar su país de origen. No obstante, es igualmente importante examinar las pruebas disponibles para evaluar si el solicitante puede ser objeto de actos de persecución en caso de regresar. De este modo, de lo que se trata es de si el solicitante tiene fundados temores a sufrir una violación grave de sus derechos humanos fundamentales. Dicha cuestión no puede contestarse teniendo exclusivamente en cuenta los actos que se produjeron antes de que el solicitante dejara su país de origen.

58. En quinto lugar, la premisa sobre la que se basan las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional parece ser que los homosexuales solicitantes del estatuto de refugiado en virtud del artículo 10, apartado 1, letra d), pueden tener la opción (e incluso quizá la obligación) de comportarse en sus respectivos países de origen de una forma que reduzca el riesgo de sufrir actos de persecución por motivo de su orientación sexual. Considero que esa premisa es rechazable por ser contraria a su derecho a que se respete su identidad sexual.

59. Ése es el contexto en el que paso ahora a examinar las distintas subcuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

39 — Sentencia de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartados 18 a 20.

60. En relación con la primera subcuestión, ¿existe alguna diferencia a efectos de la Directiva entre la expresión de la orientación homosexual de un solicitante en privado o en público?

61. El texto de la Directiva no establece esa distinción. Por lo tanto, considero que una distinción de ese tipo no es relevante a la hora de determinar si existe un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva. Las cuestiones realmente pertinentes son si, por motivo de su orientación sexual, un solicitante pertenece a un grupo social a efectos del artículo 10, apartado 1, letra d), y si existe la relación requerida por el artículo 9, apartado 3, entre el «motivo de la persecución» y uno o varios actos de persecución definidos en el artículo 9, apartado 1.

62. A continuación, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si puede esperarse que los solicitantes del estatuto de refugiado mantengan oculta su orientación sexual en su país de origen o actúen con discreción a la hora de expresarla. En la resolución de remisión no queda claro si esta pregunta tiene alguna relación con la forma en que las autoridades nacionales competentes se ocuparon de estas solicitudes de asilo concretas. Es posible que el órgano jurisdiccional nacional desee saber si la Circular, en la medida en que indica que la ocultación no es un criterio relevante, refleja simplemente las normas de la Directiva o representa la aplicación por un Estado miembro de normas más favorables, como permite el artículo 3.[40] En la medida en que dichas cuestiones se plantean de modo genérico, no corresponde al Tribunal de Justicia contestarlas. No obstante, me ocuparé brevemente de ellas a efectos aclaratorios.

63. Considero que no puede esperarse que un solicitante del estatuto de refugiado deba ocultar su orientación sexual al objeto de evitar ser perseguido en su país de origen.

64. Ni el texto ni la estructura general de la Directiva respaldan dicho punto de vista. De hecho, interpretar la Directiva de esa manera sería tergiversado. Significaría que si el solicitante (la víctima) no ocultó su orientación sexual, se le consideraría de alguna forma implicado en su propio infortunio como agente de persecución, algo incompatible con la forma en que el artículo 6 de la Directiva está formulado. De hecho, el requisito de que los solicitantes deban ocultar su orientación sexual puede ser considerado como un acto de persecución en sí mismo.

65. ¿Debe esperarse que los homosexuales que solicitan el estatuto de refugiado regresen a casa y actúen con discreción en su país de origen?

66. Yo no lo creo.

67. En primer lugar, no tengo claro cómo engarzaría dicho requisito con la estructura general de la Directiva (o, de hecho, de la Convención de Ginebra). La Directiva establece las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados (artículo 1). Para valorar si un solicitante concreto cumple con esas normas mínimas, el Estado miembro examina los hechos y circunstancias (artículo 4), al objeto de determinar si el solicitante ha sido o puede ser objeto de actos de persecución o daños graves (definidos en el artículo 9) por determinados motivos de persecución concretos (definidos en el artículo 10). Si un solicitante tiene temores fundados a ser así perseguido, tiene derecho a que se le conceda el estatuto de refugiado. En dicha estructura general no es posible encontrar un motivo para sostener la postura de que la necesidad de conceder el estatuto de refugiado puede evitarse si el solicitante «deja de provocar» a los agentes de persecución siendo él mismo.

40 — Véase el punto 13 de las presentes conclusiones.

68. En segundo lugar, es cierto que una persona que solicita asilo invocando su orientación homosexual no puede esperar vivir en su país de origen de la misma forma en que podría vivir en los Países Bajos. [41] Con todo, me parece que establecer el grado de «discreción» (a) que sería necesario para que el solicitante estuviera seguro en su país de origen y que (b) al mismo tiempo fuera compatible con preservar el derecho fundamental cuya denegación justifica la concesión del estatuto de refugiado es un proceso que sería intrínsecamente subjetivo y que probablemente produciría resultados arbitrarios en lugar de certidumbre jurídica. El propio órgano jurisdiccional nacional afirma en su resolución de remisión que el Ministro no puede determinar por anticipado el grado de discreción que pueda esperarse. Por sí sola, esa afirmación me hace pensar que dicho enfoque sería inviable en la práctica.

69. En tercer lugar, afirmar que el solicitante no tendrá problemas si se comporta con discreción al regresar a su país es ignorar la realidad. La discreción no garantiza una protección segura frente al descubrimiento y el consiguiente chantaje o persecución.

70. Sobre esa base, resulta innecesario responder a esta subcuestión (qué constituye la «esencia» de una orientación sexual). No obstante, aporto las siguientes observaciones a efectos aclaratorios.

71. Entiendo que la expresión «esencia» procede de la sentencia Y y Z en la que el Tribunal de Justicia analizó si los derechos fundamentales de los solicitantes fueron vulnerados por las restricciones impuestas al ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. No estoy segura de que ese término sea trasladable al contexto de la expresión de la orientación sexual. En mi opinión una persona tiene orientación sexual o no la tiene. [42] No existe una «esencia» o «núcleo» que se pueda considerar como tal. Por lo tanto, me costaría aceptar que es posible definir la esencia de la expresión de la orientación sexual. Tampoco considero que sea un camino por el que el Tribunal de Justicia deba adentrarse.

72. Sin embargo, con un carácter más general entiendo que la argumentación del Tribunal de Justicia en la sentencia Y y Z es de aplicación por analogía al presente caso. [43] En la redacción de los artículos 9 y 10 de la Directiva no hay motivos para sostener un enfoque basado en la «esencia». El artículo 9 se refiere a los derechos inalienables del CEDH, y ése debe ser el punto de referencia para valorar actos de persecución. No hay nada que haga pensar que debe establecerse una distinción entre distintos tipos de expresión o, en realidad, supuestos de expresión que no sean actos sexuales o afectivos. Por definición, un enfoque basado en dicha premisa probablemente generaría arbitrariedad.

73. La última subcuestión es si la legislación de la Unión Europea en general o la Directiva en particular excluyen la posibilidad de distinguir entre la protección a que los nacionales de terceros países tienen derecho en función de si su orientación sexual es homosexual o heterosexual.

74. ¿Cómo deben valorarse las solicitudes de estatuto de refugiado cuando los supuestos actos de persecución se aplican tanto a homosexuales como a heterosexuales?

75. Supongamos que en un determinado país se prohíbe cualquier muestra pública de afecto entre dos personas (como cogerse de la mano o besarse) y que, con arreglo a su legislación, la sanción en caso de ser condenado por dicho delito puede oscilar (en función de las circunstancias) entre una multa pecuniaria y la flagelación. El instrumento legislativo que penalmente tipifica y castiga dicha conducta está redactado para aplicarse por igual a heterosexuales y homosexuales. Supongamos también que una persona de orientación homosexual huye del país y viene a un Estado miembro de la Unión Europea para solicitar asilo. De su simple orientación sexual no se deduciría automáticamente que ese solicitante sería objeto de persecución. Sin embargo, si pudiera demostrar que dicha medida sólo se

41 — Véase, por ejemplo, la sentencia de F. c. Reino Unido, citada en la nota 33.

42 — Como falta de expresión (física) deliberada de la orientación sexual de una persona, el celibato puede ser voluntariamente elegido por diversos motivos; pero no puede imponerse sin negar la existencia misma de la personalidad sexual.

43 — Véanse los puntos 38 a 52 y 62 a 68 de las conclusiones del Abogado General Bot en Y y Z, citadas en la nota 17 anterior.

aplica en la práctica a los homosexuales, o que sólo implica las sanciones más graves cuando se trataba de homosexuales (y que, en la práctica, los heterosexuales pueden en general pasear cogidos de la mano o besarse en público con impunidad, o que sistemáticamente reciben sanciones menores), le resultaría más fácil poder demostrar que forma parte de un grupo social determinado a efectos del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva. Sería entonces necesario examinar si la persecución y las sanciones normalmente impuestas a los homosexuales condenados equivale a un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva (en mi ejemplo, la respuesta sería, a mi juicio, afirmativa).

76. Enlazando el hilo argumental de mis respuestas con las diversas subcuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, considero que debe responderse a la segunda cuestión remitida que, al valorar si la tipificación penal de la expresión de homosexualidad como una expresión de orientación sexual es un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, las autoridades competentes de un Estado miembro deben apreciar si el solicitante puede ser sometido a actos, o a una acumulación de varias medidas, que sean lo suficientemente graves por su naturaleza o por su carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales.

Conclusión

77. Por consiguiente, opino que el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones remitidas por el Raad van State de la siguiente forma:

«1) Los solicitantes del estatuto de refugiado que tienen una orientación homosexual pueden constituir, en función de las circunstancias imperantes en su país de origen, un grupo social determinado en el sentido del 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. Al órgano jurisdiccional nacional le corresponderá valorar si dicho grupo tiene una "identidad diferenciada", en el país de origen de cada solicitante, "por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea", en el sentido del segundo guion de dicha disposición.

2) La tipificación penal de los actos homosexuales no constituye en sí misma un acto de persecución a efectos del artículo 9, apartado 1, de la Directiva. Corresponde a las autoridades nacionales valorar, a la luz de las circunstancias imperantes en el país de origen del solicitante en relación, en concreto, con:

— el riesgo y la frecuencia de la persecución;

— en el caso de que la persecución acabe con una condena, la gravedad de la sanción normalmente impuesta, y

— cualesquiera otras medidas y usos sociales de los que el solicitante pueda razonablemente temer ser objeto,

si un solicitante concreto puede ser objeto bien de actos que sean lo suficientemente graves por su naturaleza o por su carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos, o bien de una acumulación de varias medidas, incluidas violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar de modo similar al solicitante.

3) Al valorar si la tipificación penal de la expresión de homosexualidad como una expresión de orientación sexual es un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, las autoridades competentes de un Estado miembro deben apreciar si el solicitante puede ser objeto de actos, o de una acumulación de varias medidas, que sean lo suficientemente graves por su naturaleza o por su carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales.»