

# SEGURIDAD, INMIGRACIÓN IRREGULAR Y ASILO: UN CONFLICTO A RESOLVER PARA LA UNIÓN EUROPEA\*

**Claribel de Castro Sánchez**

*Facultad de Derecho, UNED*

## **RESUMEN**

El establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea tiene como resultado la competencia de la Unión en materia de políticas de seguridad interior, inmigración y asilo. Así, la Unión tiene como misión, el establecimiento de un sistema común de asilo que, garantizando el respeto de los derechos fundamentales de aquellos individuos merecedores de una protección especial, sea capaz de asegurar la seguridad del espacio europeo. Nuevamente, el difícil equilibrio entre seguridad y derechos humanos se plantea en un escenario en el que cientos de miles de personas desean llegar a una Europa en la que poder vivir en dignidad.

## **ABSTRACT**

Creating an area of freedom, security and justice in the European Union it has resulted in policies of internal security, immigration and asylum within the competence of the EU. Thus, the Union's mission is the establishment of a common asylum system that ensures respect for the fundamental rights of those individuals deserving of special protection, being capable of ensuring the safety of European space. Again, the difficult balance between security and human rights arises in a scenario in which hundreds of thousands of people want to reach a Europe in which to live in dignity.

---

\* El presente trabajo ha sido redactado en el marco del Proyecto de Investigación "La protección de los valores de la Comunidad Internacional: Inmunidad, Justicia e Impunidad en el Derecho Internacional Contemporáneo"; ID: Concepción Escobar Hernández (MINECO) y el proyecto "Inmigración y seguridad en las fronteras europeas"; IP: Claribel de Castro Sánchez, financiado por el Banco Santander.

## PALABRAS CLAVE

Asilo, derechos humanos, inmigración, refugio, seguridad, Unión Europea.

## KEYWORDS

Asylum, European Union, human rights, immigration, refugee, security.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IMIGRACIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD INTERIOR DE LA UE. 3. SEGURIDAD, ASILO Y UNIÓN EUROPEA. 3.1. Política de inmigración y asilo: hacia la creación de un sistema común de asilo. 3.2. El contenido del derecho de asilo en la Unión Europea. 3.3. EL TJUE y el derecho de asilo. 3.3.1. Asilo y orientación sexual: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z (As. C-199/12 a C-201/12). 3.3.2. Asilo y libertad religiosa: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de septiembre de 2012, Bundesrepublik Deutschland c. Y y Z (As. C-71/11 y C-99/11). 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En 1986, el Acta Única Europea (AUE)<sup>1</sup> incluye en el Tratado de Roma la voluntad de crear un espacio sin fronteras en el que los ciudadanos europeos pudiesen circular y residir libremente, que se consolida con la creación de la ciudadanía europea a través del Tratado de Maastricht en 1992<sup>2</sup> y se profundiza con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) por el Tratado de Ámsterdam<sup>3</sup>, perfeccionado por el Tratado

---

<sup>1</sup> *Instrumento de ratificación del Acta Única Europea*, firmado en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, BOE nº 158, de 3 de julio de 1987, pp. 20172-20182. Ciertamente, la cooperación en asuntos de justicia y asuntos de interior, así como la cooperación política en asuntos exteriores, comienza a producirse a partir de los últimos años sesenta del siglo pasado; sobre esta evolución histórica puede consultarse, entre otros, ACOSTA GALLO, P.: "La evolución hacia una Administración europea de los asuntos de Libertad, Seguridad y Justicia", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 91, septiembre/octubre 2010, pp. 105-123; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", en *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881;

<sup>2</sup> *Instrumento de ratificación del Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, BOE nº 11, de 13 de enero de 1994, pp. 858-926.

<sup>3</sup> *Instrumento de ratificación del Tratado de Ámsterdam*, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, BOE nº 109, de 7 de mayo de 1999, pp. 17146-17202.

de Lisboa en 2007<sup>4</sup>. Como consecuencia de la creación de este espacio común de ciudadanía, nace la necesidad de la garantía de la seguridad interior de la Unión Europea, de ese *espacio común* como una realidad distinta, aunque no separada, de la seguridad de los Estados Miembros. Por tanto, la desaparición de las fronteras interiores de los Estados hace necesario el fortalecimiento del control de las fronteras exteriores, así como el establecimiento de principios y estándares comunes en dicho control<sup>5</sup>.

Por otra parte, el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, comprende, inevitablemente, la creación de una política común de inmigración que incluya un sistema común europeo de asilo. Por ello, desde el reconocimiento del objetivo de la libre circulación de personas por el AUE y la posterior eliminación de las fronteras exteriores acometida por los sucesivos tratados de reforma, se ha consolidado como necesaria la configuración de elementos comunes para la acogida de personas en situación de peligro. Así pues, la política de asilo de la Unión Europea aparece como una medida complementaria al levantamiento de las fronteras interiores de los Estados miembros y se ha ido configurando a lo largo de los años hasta el sistema actual. En la creación de este sistema deben tenerse en cuenta tanto las políticas, sean europeas o nacionales, como la producción normativa. Asimismo, un elemento esencial de la construcción del sistema es la interpretación jurisprudencial realizada por los tribunales europeos en la materia, pues dicha interpretación determinará la aplicación del derecho europeo por parte de los Estados miembros<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de Libertad, seguridad y justicia", en *REEI*, nº 15, 2008, [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>5</sup> Vid. QUINDIMIL LÓPEZ, J. A.: "La Unión Europea, Frontex y la seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?", en *RDCE*, enero/abril (2012), pp. 57-118; URREA, M.: "El control de fronteras exteriores como instrumento para la seguridad: una aproximación al nuevo marco jurídico de FRONTEX", en *Revista del Instituto de Estudios Estratégicos*, nº 0, 2012, pp. 157-158.

<sup>6</sup> En este sentido, es importante tanto la jurisprudencia del TJUE, en tanto que máximo intérprete del Derecho de la UE, y del TEDH, como órgano máximo de interpretación de los derechos humanos en el ámbito europeo. Por lo que al asilo se refiere, en los últimos años, tanto el TEDH como el TJUE han tenido ocasión de pronunciarse en materia de asilo en diversas ocasiones, como tendremos ocasión de analizar en este trabajo.

El último vértice de este triángulo es la inmigración irregular que, según estimaciones internacionales, constituye entre el 10% y el 15% de las migraciones internacionales<sup>7</sup>. En este escenario, Europa constituye una especie de *El Dorado* donde poder acceder a una vida mejor, más digna, al que cientos de miles de personas intentan llegar a cualquier precio. Esta tendencia, se ha visto incrementada en los últimos años por diversas razones entre las que la crisis económica, los conflictos armados, el cambio climático y las violaciones de derechos humanos en los países de origen constituyen y seguirán constituyendo las razones de mayor peso en el incremento de la presión migratoria<sup>8</sup>. La crisis de refugiados que Europa sufre desde la primavera de este 2015 no es más que una muestra de esta difícil realidad<sup>9</sup>. El reto de la Unión Europea y de sus Estados miembros ante esta presión migratoria es, tanto a través de sus políticas,

<sup>7</sup> Vid. *Observación General N° 2 sobre los Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familias*, UN Doc. CMWJ/GC/2, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f2&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f2&Lang=en), p. 3.

<sup>8</sup> Según datos del Banco Mundial, más de 230 millones de personas estaban viviendo fuera de sus países de nacimiento en 2013, y más de 700 millones de habitantes migran dentro de sus propios territorios. En las próximas décadas, los factores demográficos, la globalización y el cambio climático incrementarán las presiones migratorias tanto a nivel local como a nivel internacional (<http://web.worldbank.org/>). Asimismo, de acuerdo con la Organización para las Migraciones (OIM) el número estimado de migrantes internacionales a nivel mundial alcanzó, en 2010, los 214 millones, lo que representa el 3,1% de la población mundial; si a esta cantidad le sumamos los 740 millones de migrantes internos estimados por el PNUD, eso implica que alrededor de mil millones de personas son migrantes, lo que equivale a uno de cada siete habitantes de la población mundial; vid. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2011: Comunicar eficazmente sobre la migración*, [http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011\\_SP.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011_SP.pdf), OIM, p. 53; CANO LINARES, M. A. (2010): "Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios", en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 63, p. 139.

<sup>9</sup> Desde 2013, más de 6000 ciudadanos sirios abandonan su país diariamente, lo que ha provocado que más de cuatro millones de personas hayan huido a países como Líbano (1.113.941), Turquía (1.938.999), Jordania (629.266) e Irak (250.000). La siguiente fase ha sido continuar su viaje hacia Europa, lo que constituye una nueva presión migratoria para la UE y sus Estados miembros; sólo por el mediterráneo, entre enero y septiembre de 2015 han entrado en Europa 477.906 personas. Vid. "La crisis de los refugiados en cifras", en *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía. Número extraordinario especial refugiados*, octubre 2015, pp. 38 y ss.; [www.cear.es/que-hacemos/cifras-y-estadisticas](http://www.cear.es/que-hacemos/cifras-y-estadisticas); [www.acnur.org](http://www.acnur.org).

como de sus normas y, muy especialmente, de sus actuaciones comunes o individuales, garantizar la seguridad de ese espacio común, respetando y protegiendo los derechos humanos de los migrantes irregulares que intentan alcanzar el sueño europeo.

## 2. LA IMIGRACIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD INTERIOR DE LA UE

La progresiva creación del espacio de libertad, seguridad y justicia es la correlativa consecuencia de la aparición de una política común de seguridad interior, cuyo germen se encuentra en la Cooperación Política Europea (CPE) iniciada en los años setenta, incorporada a los tratados por el AUE y profundizada por el Tratado de Maastricht<sup>10</sup> a través de la creación de la PESC y CAJAI. Paralelamente, la creación del espacio Schengen<sup>11</sup> tuvo como resultado la supresión de las fronteras interiores e implicó la necesidad de la cooperación entre los Estados miembros para poder mantener un alto nivel de seguridad en el interior del espacio Schengen, lo que implicó el establecimiento de normas comunes para entrar en ese espacio y una cooperación policial más estrecha entre los países participantes.

Por otra parte, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y los sufridos por España y Reino Unido en el 2004,

---

<sup>10</sup> Vid. BERMEJO CASADO, R.: "El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE. La creación de Frontex", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 91, septiembre-octubre 2010, pp. 29 y ss.; DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: "De la Cooperación Política Europea a la Política Exterior y de seguridad común", en *BFDUNED*, nº 15, 2000, pp. 237-270.

<sup>11</sup> El espacio Schengen se creó con la firma del Tratado de Schengen de 14 de junio de 1985 y su Protocolo de Actuación de 1990 entre Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania y Francia con el fin de suprimir de forma gradual los controles en las fronteras comunes. Dicho acuerdo entró en vigor en 1995 y al mismo se han adherido otros tantos Estados hasta completar los 26 que hoy conforman el espacio Schengen. No todos los Estados de la UE son parte en el acuerdo de Schengen (Bulgaria, Chipre, Croacia, Irlanda, Reino Unido y Rumanía no lo son), ni todos los Estados parte en el Convenio de Schengen son miembros de la UE (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). No obstante, el Tratado de Ámsterdam integró el acuerdo de Schengen en el marco de la UE a través de un Protocolo en virtud del cual los nuevos Estados miembros de la UE deberían aplicar la totalidad del acuerdo cuando el Consejo de la UE determine que se cumplen las condiciones para ello.

sirvieron de catalizador para la culminación del proceso iniciado en los años setenta del siglo pasado que se plasmó, primero, en el Tratado de la Unión a través de la reforma operada en Lisboa y, finalmente, en la adopción en 2010 por parte del Consejo Europeo del conocido como Programa de Estocolmo<sup>12</sup>.

Ciertamente, en la actualidad, a tenor del artículo 3.2 del TUE, uno de los objetivos principales de la Unión es “ofrecer a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de lucha contra la delincuencia”. Para el cumplimiento de este objetivo, a la luz del TUE y del TFUE, la Unión dispone de competencias compartidas con los Estados miembros, en materia de controles de fronteras, inmigración, asilo, cooperación judicial civil y penal y cooperación policial. En opinión de Martín y Pérez de Nanclares, “al albur de la progresiva incorporación de las competencias estatales en esta delicada materia sobre asuntos de interior y justicia al redil comunitario, la Unión ha ido aprobando durante las últimas tres décadas un amplísimo elenco normativo de muy variada índole” lo que ha culminado “con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” que ha significado “la plena “comunitarización” (competencial, institucional y normativa) de esta materia”<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere al denominado Programa de Estocolmo, el objetivo de éste programa no es otro que perfilar las prioridades políticas de la Unión en materia de seguridad interior. En dicho documento se estableció que el reto para Europa “será asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa. Es de vital importancia que las medidas policiales, por una parte, y las medidas destinadas a salvaguardar los derechos individuales, el Estado de Derecho y las normas de protección internacionales, por otra, vayan unidas en la misma dirección y se refuercen mutuamente”. Declaración de intenciones pues, de situar a los

---

<sup>12</sup> The Stockholm Programme- An open and secure Europe serving and protecting citizens, OJEU, 4.5.2010, 2010/C 115/01.

<sup>13</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Seguridad y acción exterior de la Unión Europea: la creciente relevancia de la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 0, 2012, pp. 141-142.

derechos humanos como marco esencial de las acciones que se realicen en este ámbito.

Con el fin de identificar los retos, objetivos y acciones concretos dentro de los objetivos estratégicos marcados en el Programa de Estocolmo, se adopta la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: La Estrategia Europea de Seguridad Interior en Acción: cinco pasos para una Europa más segura*<sup>14</sup>. A la luz de la Comunicación, la seguridad de las fronteras se encuentra entre los retos más acuciantes para la Unión Europea, siendo uno de los objetivos de la política de seguridad interior reforzar la seguridad a través de la gestión de fronteras, para lo que la Comisión establece acciones concretas encaminadas al control de los flujos migratorios irregulares.

Ciertamente la preocupación por la inmigración irregular no es nueva en Europa y ya a lo largo de los años noventa del pasado siglo XX se comenzó a ser consciente de la situación de los países europeos de la cuenca mediterránea en tanto que receptores de flujos migratorios procedentes del norte de África. Sin embargo, no es hasta principios del Siglo XXI cuando la cuestión de los flujos migratorios irregulares tratando de acceder a la UE comienza a ser visible y preocupante, aunque esencialmente para países-frontera como España e Italia<sup>15</sup>. La vuelta de tuerca se ha producido en este año 2015 en el que Europa está siendo testigo del mayor desplazamiento humano después de la II Guerra Mundial, con un desplazamiento diario de 42.500 personas que huyen principalmente de la guerra o de Estados inestables controlados por grupos terroristas. Ante

---

<sup>14</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe, COM(2010) 673 final, Brussels, 22.11.2010.

<sup>15</sup> Vid. ECHEVARRÍA JESUS, C.: "La cooperación marítima en el Mediterráneo en el ámbito de la seguridad", en *Mares y océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores, XXI Jornadas de la AEPDIRI* (Coord. J. M. SOBRINO HEREDIA) Valencia, 2007, pp. 843 y ss. y "España y la dimensión marítima de la Política Común y de Seguridad y Defensa (PCSD): de Frontex a la Operación Atlanta" ponencia presentada en la XXVI Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: "España y la Unión Europea en el orden internacional", Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015 y publicada en su web <http://institucional.us.es/vrelinstitu/aepdiri/ponencias.php>; OLMOS GIUPPONI, B.: "EU Return Policy and International Human Rights Law: Keeping the balance between border security and human dignity", en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 18, 2013-2014, pp. 163-164.

esta situación, es absolutamente evidente que “en una Unión Europea de 28 Estados miembros, en el que la mayoría de las fronteras interiores se han abolido y las personas pueden circular libremente, cada país por sí sólo no puede gestionar la migración. La cooperación de los Estados miembros de la UE es esencial para gestionar mejor la migración”<sup>16</sup>, por lo que, la *Estrategia de Seguridad Interior* parte de la necesidad de que las acciones específicas para enfrentar la amenaza de la inmigración irregular, como las demás, deberán llevarse a cabo tanto a nivel de la UE, como a nivel nacional e internacional<sup>17</sup>.

En esta línea, el agravamiento de la situación de los llamados comúnmente “refugiados” a lo largo del año 2015, lleva a la Comisión Juncker a situar la inmigración entre una de sus prioridades. Así, en mayo de 2015 adopta la *Agenda Europea de Migración*<sup>18</sup> en la que define cuatro pilares para una mejor gestión de la migración: 1. Reducir los incentivos a la migración irregular; 2. Gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores; 3. Una política común de asilo sólida; 4. Una nueva política de migración legal.

Pero ¿qué papel juegan los derechos humanos en todo esto? Si atendemos a las afirmaciones de la Comisión en sus informes sobre la aplicación de la *Estrategia de Seguridad Interior*, el respeto de los derechos y libertades de las personas que se encuentren en el territorio de la UE, sean estos, o no, ciudadanos europeos, constituyen “una piedra angular de la ESI”<sup>19</sup>. Pero, y la realidad, ¿qué nos muestra? Las imágenes de cientos de inmigrantes en diferentes lugares de las fronteras exteriores de la UE que los medios de comunicación nos ofrecen a diario parecen decir lo contrario. Entonces, ¿qué es cierto? ¿existe o no el equilibrio entre seguridad interior de la Unión y el respeto de los derechos humanos? En cualquier caso, es evidente que la denominada “crisis de los refugiados” que vivimos “está poniendo a prueba el compromiso de Europa con los derechos

---

<sup>16</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Migración y Asilo. Construir una Europa abierta y Segura*, Bruselas, 2013, p. 3.

<sup>17</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Informe Final sobre la aplicación de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE 2010-2014, COM(2014) 365 final, Bruselas, 20.6.2014, p. 1.

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una Agenda Europea de Migración”, Bruselas, 13.5.2015, COM (2015) 240 final.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 11.



humanos y la propia viabilidad y razón de ser de la Unión Europea”<sup>20</sup>, así como la perdurabilidad del espacio Schengen.

### 3. SEGURIDAD, ASILO Y UNIÓN EUROPEA

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia exento de fronteras interiores constituye la expresión máxima de la libre circulación de personas, derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión Europea. Por ende, la supresión de las fronteras interiores exige, como señaláramos supra, la gestión reforzada de las fronteras externas de la Unión así como la regularización de la entrada y la residencia de personas de países extracomunitarios a través de la política común de inmigración y asilo. Y es que los Estados miembros de la UE tienen la responsabilidad de gestionar más de 12.500 kilómetros de fronteras terrestres, casi 200.000 kilómetros de costas, así como más de tres mil islas, y aproximadamente 600 aeropuertos sometidos a control fronterizo<sup>21</sup>.

#### 3.1. *Política de inmigración y asilo: hacia la creación de un sistema común de asilo*

Así, en base a la Política de inmigración, la UE puede establecer las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el espacio europeo y, por tanto, está obligada a prevenir y reducir la inmigración irregular, si bien que respetando debidamente los derechos fundamentales y basándose en el principio de solidaridad (art. 8o TFUE), en virtud del cual las políticas de inmigración se regirán por el principio de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados Miembros. Así, entre las competencias de la UE en materia de inmigración podemos incluir:

- La adopción de actos normativos en materia de migración legal (visados, sistema Schengen, etc.)

---

<sup>20</sup> EDITORIAL: “La Abogacía ante la crisis de los refugiados”, en Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía. Número extraordinario especial refugiados, octubre 2015, p. 3.

<sup>21</sup> ARIAS FERNÁNDEZ, G.: “Las Fronteras inteligentes de la Unión Europea”, en *RGDE*, nº 32, 2014, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

- La adopción de medidas en el ámbito de la lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos.
- La conclusión de tratados internacionales con terceros Estados para la readmisión, en los países de origen o de tránsito, de nacionales de terceros que no cumplan las condiciones de entrada, presencia o residencia en los Estados Miembros.

Por ello, como parte de esta política de inmigración se encuentra la política de asilo. Y es que no todos los inmigrantes irregulares parten de las mismas circunstancias y, por tanto, no tienen porque poseer el mismo estatuto; por ello, las obligaciones respecto de los Estados Miembros y las instituciones europeas no son los mismos en unos y otros casos, siendo necesaria la evaluación previa de cada situación concreta. En este sentido, según estimaciones de ACNUR, podemos hablar de 10 millones de refugiados<sup>22</sup> y, por tanto, poseedores de un estatus privilegiado como potenciales titulares del derecho de asilo conforme a la normativa europea. Y es que, el asilo constituye la tabla de salvación para miles de personas que, perseguidas en sus países por muy diversas razones, buscan un lugar donde vivir en dignidad.

Muchas de estas personas sueñan con que se les reconozca su estatuto de asilado en Europa. Así, de las 866.000 solicitudes de asilo registradas en 2014, 570.800 se recibieron en la Unión Europea, lo que supone un 44% más que en el año anterior e implica que los países miembros reciben el 80% de las solicitudes de asilo presentadas en toda Europa<sup>23</sup>. Los acontecimientos de los últimos meses hacen presagiar que estos datos se verán ampliamente rebasados cuando termine el año<sup>24</sup>. Ante esta realidad, creemos necesario un análisis profundo sobre la política de asilo llevada a cabo en el interior de la Unión Europea con el fin de determinar

---

<sup>22</sup> Vid. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013: Bienestar de los migrantes y el desarrollo*, [http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013\\_SP.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_SP.pdf), OIM.

<sup>23</sup> Vid. ACNUR: *Tendencias de Asilo 2014*, Ginebra, 2015, p. 2. Tal y como el propio informe indica, estos datos deben ser, en cierta medida relativizados, ya que es probable que se incluyan solicitudes de asilo repetidas formuladas en el mismo país o en otro país miembro de la Unión Europea. Sin embargo, creemos que esta realidad no desvirtúa ni atenúa la situación a la que se enfrentan los Estados Miembros.

<sup>24</sup> Con los datos disponibles, hasta agosto de 2015 se recibieron 566.385 solicitudes de asilo en Europa; vid. en "La crisis de los refugiados en cifras", en *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía. Numero extraordinario especial refugiados*, octubre 2015, p. 39.

si la apuesta por la garantía de los derechos humanos de los extranjeros gana la batalla a la obsesión por la seguridad de la Unión y de sus Estados Miembros.

En esencia, el objeto de la política de la UE en materia de asilo es armonizar los procedimientos de asilo de los Estados miembros mediante la instauración de “un sistema europeo común de asilo” (SECA)<sup>25</sup>. El Tratado de Lisboa ha supuesto un paso adelante ya que transforma en política común las medidas en materia de asilo, por lo que su objetivo va más allá del establecimiento de normas mínimas, apostando por la creación de un sistema común que incluya estatutos y procedimientos uniformes<sup>26</sup>.

Pero, ¿y los derechos humanos? ¿y el fin del asilo, dónde se sitúa en este sistema? La verdad es que desde el primer momento, el modo en que los Estados miembros de la UE se han aproximado al asilo y el refugio es el de vincular su tratamiento al de la inmigración clandestina, lo que, en palabras de Martín y Pérez de Nanclares, difumina los perfiles protectores de ambas figuras<sup>27</sup>. Como señala el Prof. Ortega Terol, “esta forma de abordar la cuestión, mucho más preocupada en evitar que penetren en su territorio personas sin la autorización debida que en garantizar, no ya unos procedimientos adecuados a personas que alegan persecución en sus países de procedencia, sino siquiera unas condiciones de recepción dignas y homogéneas, milita contra una imagen idílica de Europa como

---

<sup>25</sup> El sistema europeo común de asilo se construye sobre la base de cinco normas de Derecho derivado que analizaremos brevemente en las siguientes páginas: El reglamento de Dublín II, la directiva de cualificación, la directiva de recepción, la directiva de procedimiento y el reglamento EURODAC.

<sup>26</sup> A la luz del TFUE, este sistema debe contener los siguientes elementos: a) un estatuto uniforme de asilo; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria; c) un sistema común de protección temporal; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o la protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud; f) normas relativas a las condiciones de acogida; g) asociación y cooperación con terceros países; [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.12.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.2.pdf).

<sup>27</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro”, en *AFDUAM*, 7/2003, p. 98; ORTEGA TEROL, J. M.: “El asilo y el refugio en la Unión europea: crónica de un amor ausente”, *op. cit.*, p. 55; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “El Estatuto de los Refugiados, Cincuenta años después”, en *Globalización y Derechos* (. I. CATALINA AYORA y J. M. ORTEGA TEROL), Cuenca, 2003, p. 127.

tierra de asilo, y no es infrecuente que en este contexto se hable de la construcción de una Europa Fortaleza<sup>28</sup>. Y es que, en lugar de centrar el foco en la necesidad especial de protección de aquellas personas que huyen de sus países de origen o residencia, la regulación europea, “obsesionada” por desmotivar y prevenir la emigración hacia Europa, se ha caracterizado por tener un marcado carácter restrictivo<sup>29</sup>, obviando que el derecho de asilo es un derecho fundamental reconocido tanto universalmente, como en la UE<sup>30</sup>. Efectivamente, la Carta de los Derechos Funda-

<sup>28</sup> Vid. ORTEGA TEROL, J. M.: “El asilo y el refugio en la Unión europea: crónica de un amor ausente”, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>29</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: La inmigración y el asilo en la Unión Europea (Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia), *op. cit.*, p. 42.

<sup>30</sup> Vid. DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: “La condición sexual como razón de la concesión de asilo: ¿una nueva puerta de entrada a Europa? Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z (AS. C-199 a C-201/12), en *RGDE*, 35, 2015, pp. 6 y 7; DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Coord. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), 18ª Ed., Madrid, 2013; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST: *Migration and International Human Rights Law. Practitioners Guide no. 6*, Geneva, 2011, p. 47; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro”, *op. cit.*, p. 93; OPPENHEIM-LAUPRECHT: *Tratado de Derecho Internacional Público* (Trad. LÓPEZ OLIVÁN y CASTRO-RIAL CANOSA), T. I, Vol. II, Barcelona, 1961, p. 247.

Por lo que respecta a Europa, sorprendentemente, el derecho de asilo no aparece recogido en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH). A pesar de ello, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de declarar que rechazar a un individuo, ya sea en la frontera o en algún otro lugar de la jurisdicción del Estado, poniéndolo en situación de riesgo de tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes, está prohibido por el artículo 3 del CEDH. Además, ha entendido que, en casos extremos, el alejamiento, la expulsión o la extradición también pueden plantear un problema con arreglo al artículo 2 del CEDH, que protege el derecho a la vida. Vid. ARENAS HIDALGO, N.: “El derecho de asilo en la Carta (art. 18 CDFUE): Un corolario esencial del «sistema europeo común de asilo»”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado* (Coord. F. J. GARCÍA ROCA & P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ), Madrid, 2009, pp. 513 y ss.; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA): *Manual de Derecho Europeo en materia de asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo, 2014, p. 39; DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: “TEDH — Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E. A. C. Italia, 27765/09— “artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo nº 4 —Tortura y tratos Inhumanos y Degradantes —derecho a un recurso efectivo —prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, en *RDCE*, nº 46, septiembre/diciembre 2013, pp. 1119-1135.

mentales de la Unión Europea (CEDF)<sup>31</sup> recoge el derecho de asilo en su artículo 18 y la prohibición de devolución en su artículo 19, lo que es una prueba clara de que el asilo forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario<sup>32</sup>. Por su parte, el artículo 78 del TFUE, como adelantábamos, prevé la creación de un sistema europeo común de asilo que respete las obligaciones impuestas a los Estados por la Convención de Ginebra de 1951<sup>33</sup>. Hacia la construcción de este sistema se encaminan los Reglamentos y Directivas adoptados en la materia en los últimos años, esencialmente, la Directiva 2011/95/UE<sup>34</sup> y el denominado “paquete de asilo” aprobado en junio de 2013, que incluye, además de las directivas

---

<sup>31</sup> DO C 303, de 14.12.2007 y BOE 184, de 31 de julio 2008.

<sup>32</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El derecho de asilo en la Carta (art. 18 CDFUE): Un corolario esencial del «sistema europeo común de asilo»”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado*, op. cit., p. 515; PEERS, S & ROGERS, N.: *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentaries*, 2006, p. 130.

<sup>33</sup> Art. 78 TFUE: “la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”.

El régimen establecido parte del pleno respeto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo Adicional de 1967, así como del respeto de los Derechos humanos. En este sentido, el legislador comunitario debe tener presente, además de la Convención y de su Protocolo, las Directrices sobre protección internacional elaboradas por el ACNUR que, si bien carecen de efecto jurídicamente vinculante, constituyen un importante referente interpretativo. De hecho, como veremos, la Directiva 2004/83/CE y Directiva 2011/95/UE afirman que la Convención de Ginebra y su Protocolo constituyen la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que los Estados miembros se encuentran vinculados por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

<sup>34</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337 de 20.12.2011), que deroga la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen las 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 al contenido de la protección obtenida (DO L 304, de 30.9.2004, pp. 0012-0023).

de procedimiento y acogida (Directiva 2013/32/EU y Directiva 2013/33/EU), el Reglamento 603/2013, sobre Eurodac, y el Reglamento 604/2013, sobre el Estado responsable del examen de la solicitud<sup>35</sup>, o Reglamento de Dublín revisado, constituyen el SECA. Lo que pretende este paquete normativo no es otra cosa que fijar un conjunto de rigurosas normas co-

<sup>35</sup> Directiva 2013/32/EU del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 0060-0095), Directiva 2013/32/EU del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 0060-0095); Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013 y Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO L 180 de 29.06.2013, pp. 1-30 y 31-59).

Para un análisis de la política de asilo en Europa y su evolución pueden consultarse, entre otros, BERGER, N.: *La politique européenne d'asile et immigration*, Bruselas, 2000; BOUTILLET-PAQUET, D.: *L'Europe et le droit d'asile*, París-Montreal-Budapest-Turin, 2001; BRINKMANN, G.: "The immigration and asylum agenda", en *ELJ*, vol. 10 (2), 2004, pp. 182-199; DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.: "Asilo y Refugio en la Unión Europea: Evolución y tendencias", en *La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia* (Coord. A. PIGRAU SOLÉ y A. OLESTI RAYO), Madrid, 2009, pp. 1311-1333; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "El Convenio de Aplicación de Schenguen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", en *RIE*, 1993/1, pp. 53-100; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.): *La revitalización de la protección de los refugiados*, Huelva, 2002; FONSECA MORILLO, F.: "Hacia una política comunitaria de inmigración y asilo", en *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España. Quebec y Cataluña* (AAVV), Gerona, 2002, pp. 41-52; KUIJPER, P. J.: "The evolution of the third pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional aspects", en *CMLR*, n° 41, 2004, pp. 610 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *El derecho de asilo*, Madrid, 1991; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea (Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia)*, Madrid, 2002 y "La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro", en *AFDUAM*, 7, 2003, pp. 93-118; ORTEGATEROL, J. M.: "El asilo y el refugio en la Unión europea: crónica de un amor ausente", en *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, 2006, pp. 55 y ss.; STEFANINI, P. et DOUBLET, F.: "La droit d'asile en Europe: la convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes", en *RMCUE*, n° 347, 1991, pp. 391-399.

munes y reforzar los procedimientos de cooperación para garantizar a los solicitantes de asilo igualdad de trato en un sistema justo y transparente, con independencia del lugar en que presenten la solicitud.

Así, la Directiva sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE) se encarga de fijar las normas que regirán todo el proceso de solicitud de asilo, desde la presentación de la solicitud, el examen de la misma, la asistencia a los solicitantes, los recursos disponibles, las condiciones en que el recurso permite al solicitante permanecer en el territorio, las medidas procedentes en caso de fuga del solicitante o el procedimiento aplicable en caso de reiteración de solicitudes. En esencia, esta nueva directiva, que viene a sustituir la directiva 2005/85/CE pretende crear un sistema más coherente en el que el examen de los Estados miembros de las solicitudes de asilo se realice de un modo más justo y eficaz en base a criterios comunes rigurosos<sup>36</sup>.

La *Directiva sobre condiciones de acogida* (Directiva 2013/33/UE) se ocupa de establecer la provisión de determinadas condiciones de acogida a los solicitantes de asilo mientras que se está examinando su solicitud, lo que incluye el acceso a alojamiento, alimentos, asistencia sanitaria, atención psicológica y empleo. En el establecimiento de estas disposiciones comunes juega un elemento esencial el respeto de los derechos fundamentales.

A la luz de la exposición de motivos de la *Directiva sobre requisitos* (Directiva 2011/95/UE), el principal objetivo de la regulación europea es, por una parte, asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y, por otra, asegurar un nivel mínimo de beneficios para dichas personas en todos los Estados miembros. Además, la Directiva 2011/95/UE añade que "una política común en el ámbito del asilo, incluido un sistema europeo común de asilo, es uno de los elementos constitutivos del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión"<sup>37</sup>. En esencia, la Directiva sobre requisitos detalla, en primer lugar, los motivos que dan lugar a la concesión de protección internacional

---

<sup>36</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Un Sistema Europeo Común de Asilo*, Bruselas, 2014, p. 4.

<sup>37</sup> Considerando 2.

y, en segundo lugar, los derechos que deben garantizarse respecto de aquellas personas beneficiarias de la protección internacional.

Por su parte, el *Reglamento de Dublín* se ha ocupado de determinar a quién corresponde el examen de la solicitud de asilo; así, el *antiguo Reglamento Dublín II* (Reglamento (CE) 343/2003) establecía el principio esencial de que la responsabilidad de examinar las solicitudes de asilo recae en el Estado miembro que haya desempeñado el papel más preponderante en la entrada o residencia del solicitante en la UE. Los criterios para determinar esta responsabilidad varían, por orden jerárquico, desde la consideraciones familiares (reagrupación familiar), a la posesión reciente de un visado o permiso de residencia en un Estado miembro, o a las circunstancias de entrada (regular o irregular) en la UE. Sin embargo, el aumento y la variabilidad de los movimientos migratorios sufridos en los últimos años, que han determinado una muy diferente presión respecto de algunos Estados miembros de la UE, hicieron necesaria la adopción del *Reglamento de Dublín revisado* o *Dublín III* (Reglamento (UE) 604/2013) que pretende abordar con mayor atención las situaciones que impongan una especial presión en las capacidades de acogida y los sistemas de asilo de los Estados Miembros<sup>38</sup>.

El *Reglamento Eurodac* (Reglamento 2725/2000) creó una base de datos de impresiones dactilares con el fin de que, cuando una persona solicitase asilo en cualquier punto de la UE, sus impresiones dactilares se transmitiesen al sistema central Eurodac<sup>39</sup>. La modificación del Reglamento en 2013 (Reglamento (UE) 603/2013), responde esencialmente a tres objetivos: por una parte, la necesaria actualización del sistema a fin de reducir plazos de transmisión de información por parte de algunos Estados Miembros, por otra, la adaptación del sistema a exigencias en materia de protección de datos y, finalmente, ampliar los fines "policiales" de utilización de la base de datos. Hasta la modificación de 2013, la base de datos Eurodac únicamente podía ser utilizada con fines de asilo,

<sup>38</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Un Sistema Europeo Común de Asilo*, Bruselas, 2014, p. 7.

<sup>39</sup> El sistema de información Eurodac (Dactiloscopia Europea) fue diseñado para el tratamiento y almacenamiento de registros de huellas dactilares de solicitantes de asilo y refugio. Está formado por una unidad central, gestionada por la Comisión Europea, que integra un repositorio común de registros de huellas dactilares y un Sistema de transferencia de información que permite a las autoridades responsables de cada Estado miembro el envío y búsqueda de registros de huellas.



pero, tras la modificación, los cuerpos policiales de los Estados Miembros pueden comparar las impresiones dactilares vinculadas a investigaciones criminales con las contenidas en Eurodac. Así, las necesidades en materia de seguridad interior, sobre todo en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional y la delincuencia organizada, han provocado la “apertura” de un instrumento creado, en esencia, con fines de asilo.

En cualquier caso, no debemos pasar por alto que la política europea de inmigración se fundamenta en los principios generales de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto de los diferentes regímenes legales de los Estados miembros y, al mismo tiempo, ha de ser respetuosa con los derechos humanos de los migrantes tal y como están reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales<sup>40</sup>.

### **3.2. El contenido del derecho de asilo en la Unión Europea**

Pero, ¿qué debemos entender por asilo? Ninguno de los textos de la normativa europea analizada da una definición de lo que, en su ámbito de aplicación, debe entenderse por asilo. Tampoco lo hace ningún texto internacional de ámbito universal ya que, a excepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en ninguno se hace referencia al derecho de asilo.

A sí las cosas, ¿cómo determinar el contenido del derecho en el ámbito de la UE? La normativa y la práctica europea nos dan la clave: los parámetros interpretativos y, por tanto, a través de los cuales se dotará de contenido al derecho de asilo en sede europea son, por una parte, la *Convención relativa al Estatuto de Refugiado (1951) y su Protocolo Adicional (1967)*<sup>41</sup> y, por otro, el propio Derecho comunitario. En este sentido se pronuncia el artículo 18 de la CEDF al afirmar que “se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. OLMOS GIUPPONI, B.: “EU Return Policy and International Human Rights Law: Keeping the balance between border security and human dignity”, op. cit., p. 164.

<sup>41</sup> BOE 272, de 14 de noviembre de 1978.

<sup>42</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), DO 30.3.2010, C 83, pp. 389-403.

Pero además, si partimos del derecho al asilo en tanto que derecho fundamental reconocido en el ámbito de la Unión, a la hora de su aplicación e interpretación, deberemos tener en cuenta el artículo 6.3 del TUE que establece que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales del Derecho”.

Así las cosas, dado que el derecho de asilo es un derecho fundamental reconocido expresamente en el ámbito de la UE por el artículo 18 de la CEDF, realizando una lectura interpretativa conjunta del propio artículo 18 CEDF y del artículo 6.3 TUE, y siguiendo la jurisprudencia del TJUE, este derecho forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, inspirándose, en este sentido, en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, al igual que en los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos a los que los Estados se han adherido<sup>43</sup>. Ello implica, por tanto, que a fin de determinar el contenido del derecho de asilo en el ámbito de la Unión Europea, los parámetros a utilizar son el Derecho comunitario, el Derecho Internacional y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>44</sup>.

Como se ha señalado, la normativa europea analizada concede un papel protagonista a la Convención de Ginebra de 1951, de forma especial, en la definición del asilo ya que entiende que tendrán derecho de asilo aquellas personas que el art. 1A.2 de la Convención define como refugiado: “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 quie-

---

<sup>43</sup> Entre otras, el TJUE así lo ha establecido en su Sentencia de 19.6.1991 en el asunto *Ert* (C.260/89); *Vid.* DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: “Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos”, en *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (Coord. F. REINOSO BARBERO), Madrid, 2014, p. 1071.

<sup>44</sup> *Ibid.*

ra regresar a él". Ciertamente, refugio y asilo no es lo mismo, siendo el segundo mucho más restrictivo ya que, por una parte, únicamente puede reconocerse por las causas tasadas en el artículo 1 transcrito y, por otra parte, el estatuto jurídico del refugiado se reduce casi exclusivamente al derecho a no ser devuelto.

Sin embargo, si bien desde el Derecho Internacional existe una diferencia entre asilo y refugio, en sede europea se produce una identificación, lo que implica que únicamente podrán ser reconocidos como asilados por los países miembros de la UE aquellas personas que puedan ser calificadas como refugiados a tenor del artículo 1A.2, lo que implica que muchas de las razones por las que las personas que abandonan sus países de origen no encajan en la definición. Entonces, ¿esto implica que la UE es insensible a las situaciones que sufren otras personas desplazadas? ¿no es posible otorgar una especial protección a aquellas personas que, aún no siendo refugiados, no pueden regresar a los países de los que huyen? Como la UE no es insensible a esta realidad, prevé en su normativa otros dos regímenes para aquellas personas que, aún no cumpliendo los requisitos del asilo precisan de protección internacional. El periodo de tiempo por el que la protección se procura variará de uno a otro caso a base a la calificación del "estatus". Lo mismo sucede con el contenido de la misma, y ello a pesar de que la Directiva 2011/95/UE, en su artículo 20.2 afirma que "el presente Capítulo se aplicará tanto a los refugiados como a las personas con derecho a protección subsidiaria, salvo indicación en contrario"<sup>45</sup>.

Así, en base a la normativa europea, el *derecho de asilo* implica "el derecho a una solución duradera a través de una protección adecuada que incluye el disfrute de una serie de derechos"<sup>46</sup> a aquellas personas que puedan encajar en el concepto de refugiado establecido por la Con-

---

<sup>45</sup> Se refiere este artículo al Capítulo VII sobre *Contenido de la protección internacional*; en concreto, se recogen los derechos de no devolución (art. 21), acceso a la información (art. 22), mantenimiento de la unidad familiar (art. 23), permiso de residencia (art. 24), documentos de viaje (art. 25), acceso al empleo (art. 26), acceso a la educación (art. 27), acceso a los procedimientos de reconocimiento de cualificaciones (art. 28), protección social (art. 29), asistencia sanitaria (art. 30), menores no acompañados (art. 31), acceso a la vivienda (art. 32), libertad de circulación (art. 33), acceso a instrumentos de integración (art. 34) y repatriación (art. 35).

<sup>46</sup> Vid. ARENAS HIDALGO, N.: "El derecho de asilo en la Carta (art. 18 CDFUE): Un corolario esencial del «sistema europeo común de asilo»", en *Integración Europea a través*

vención de Ginebra, al que la normativa europea se remite. Por tanto, el elemento de la "durabilidad" en el tiempo constituye un carácter esencial diferenciador de la figura del asilo respecto de las demás. Además, los derechos de los que disfrutará el asilado son prácticamente idénticos a los de los nacionales de los Estados miembros, a excepción de algunos derechos políticos.

La *protección internacional subsidiaria*, está prevista para aquellos nacionales de un tercer país o apátridas que, aún no reuniendo los requisitos para ser refugiado y, por tanto, asilados conforme al sistema europeo, se encuentran en una situación en que se dan motivos fundados para creer que si regresasen a sus países de origen o de residencia, se encontrarían ante un riesgo real de sufrir daños graves. En este caso, se trata de una protección temporal, los derechos de los que pueden disfrutar sus beneficiarios son menores y, por tanto, constituye un régimen más restrictivo que el asilo.

Por último, la normativa europea, establece un sistema excepcional, que es la denominada *Protección Temporal*<sup>47</sup>. Este procedimiento se articula en el caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a entrar en su país de origen y consiste en la protección inmedia-

---

*de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado*, op. cit., pp. 519-522.

<sup>47</sup> Vid. Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; DO L 212, 7.8.2001. Vid. ANTÓN GUARDIOLA, C.: "El Asilo y el refugio en la Unión Europea", en *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo* (Ed. J. FERRER LLORET y S. SANZ CABELLERO), Valencia, 2008, 410-413; ARENAS HIDALGO, N.: "La institución de la protección temporal en Europa: ejes conceptuales de la acogida territorial debida a las poblaciones desplazadas de forma masiva", en *Anuario de Derecho Europeo*, nº 3, 2003, pp. 99-121; "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LV (2), 2005, pp. 1243-1245; *Mass Influx of Displaced Persons: the Temporary Protection in the European Union*, Michigan, 2003; *El sistema de Protección Temporal de Desplazados en la Europa Comunitaria*, Huelva, 2003, y "Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE", en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, nº 5, 2005, pp. 1275-1306.

ta y de carácter temporal, con un máximo de dos años<sup>48</sup>. Es decir, este procedimiento se articula ante aquellos desplazamientos masivos de población provocados por hambrunas, conflictos armados, catástrofes naturales y tiene su fundamento, no en el examen individualizado de la situación de cada desplazado, si no en el análisis de la situación que provoca el desplazamiento de la masa de población.

### 3.3. *EL TJUE y el derecho de asilo*<sup>49</sup>

Como acabamos de constatar, la “equiparación” del concepto de refugiado y su aplicación al solicitante de asilo ha tenido el efecto perverso de constreñir el propio concepto de asilo desde la perspectiva norma-

---

<sup>48</sup> Vid. Art. 4 de la Directiva 2001/55/CE.

<sup>49</sup> En este trabajo solamente analizaremos algunos de los pronunciamientos más importantes del TJUE y no nos ocuparemos de la jurisprudencia en materia de asilo del TEDH, aún siendo esta muy numerosa e importante. Únicamente querríamos hacer referencia, aunque sea brevemente, a la Sentencia de 23.02.2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italia*, ya que reviste un gran interés ya que, por una parte, se trata de la primera sentencia en que el TEDH condena a un Estado en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4 por una “expulsión” que se realiza fuera del territorio de dicho Estado y, por otra, porque, incidiendo en el carácter absoluto de la prohibición recogida en el artículo 3 del CEDH, se ocupa de establecer hasta donde llegan las obligaciones de los Estados. Vid. ARENAS HIDALGO, N.: “Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application nº 27765/09, Judgement, 23 February 2012”, en *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2013, 805-809; BOLLO AROCENA, M. D.: “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (2012)”, en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Coord. S. Torres Bernárdez), 2013, pp. 647-666; CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012)”, en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, pp. 687-694; DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: “TEDH —Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa E. A. C. Italia*, 27765/09— “artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo nº 4 —Tortura y tratos Inhumanos y Degradantes—derecho a un recurso efectivo —prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *op. cit.*, pp. 1119-1135; MORENO-LAX, V.: “*Hirsi Jamaa* and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control”, en *Human Rights Law Review* 12 (3), 2012, pp. 574-598; PAPANICOLOPULU, I.: “*Hirsi Jamaa v. Italy*”, en *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 2 (April 2013), pp. 417-423.

tiva, lo que ha posibilitado que los Estados, en demasiadas ocasiones, apliquen dicha normativa de manera restrictiva. Por suerte, el TJUE, en su labor de máximo intérprete del Derecho Comunitario, como consecuencia de diversas cuestiones prejudiciales a él planteadas, ha tenido la oportunidad de ocuparse de perfilar el concepto del derecho de asilo en la Unión Europea, ampliando las "estrecheces" impuestas por la normativa. Y es que el TJUE, con una posición ciertamente progresista, a través de su jurisprudencia provoca la apertura del SECA ya que determina la normativa europea y la aplicación de ésta por las Instituciones y Estados Miembros. La jurisprudencia del alto tribunal es muy extensa y el análisis de toda ella excedería con mucho el objetivo de este trabajo. Por ello, nos centraremos únicamente en el examen de dos de sus sentencias que inciden en la pertenencia a un grupo social, así como los motivos de persecución y los actos de persecución como elementos para la concesión de asilo.

### 3.3.1. Asilo y orientación sexual: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z (As. C-199/12 a C-201/12)*<sup>50</sup>

En el año 2013, el TJUE dictó una sentencia paradigmática ya que, por primera vez, se ocupaba de la condición sexual como motivo de la concesión de asilo. En concreto, el Tribunal analizó, por un lado, si es posible entender que las personas homosexuales constituyen un determinado grupo social a la luz del artículo 10 de la Directiva 2004/83/CE<sup>51</sup> y, en caso afirmativo, cuándo puede entenderse que dicho grupo social se ve some-

<sup>50</sup> Para un análisis detallado de esta sentencia nos remitimos, a nuestro estudio DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z* (asuntos C-199/12 a C-201/12): condiciones de asilo por orientación sexual", en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol 2 (1), 2014, pp. 371-374 y "La condición sexual como razón de la concesión de asilo: ¿una nueva puerta de entrada a Europa? Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z* (as. C-199/12 a C-201/12)", en *RGDE*, 35, 2015, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>51</sup> Hoy sustituida por la Directiva 2011/95/UE analizada supra en este mismo trabajo. El pronunciamiento analizado trae causa de unos hechos que tienen lugar antes de la entrada en vigor de la Directiva de 2011 y, por tanto, en un momento en que era la Directiva 2004/83/CE la aplicable.

tido a un acto de persecución contrario al artículo 9 de la citada directiva, que daría lugar a la concesión de asilo.

El fallo del TJUE tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el (Consejo de Estado) Raad van State holandés como consecuencia de los recursos planteados contra dos sentencias del Rechtbank's-Gravenhage en materia de asilo. Los hechos que finalmente desembocan en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE comienzan con la solicitud de asilo presentada por tres individuos (X, Y y Z), naturales respectivamente de Sierra Leona, Uganda y Senegal ante el Minister voor Immigratie en Asiel holandés. En los tres supuestos se funda la solicitud de asilo en su condición de homosexuales y en que, en los tres países de los que proceden, por razón de esta condición, serán sometidos a actos de persecución contrarios a los derechos humanos<sup>52</sup>. A pesar de la certeza de este dato, en los tres supuestos, el órgano nacional holandés entendió que no quedaba demostrada la existencia de "temores fundados a ser perseguidos por pertenecer a un determinado grupo social"<sup>53</sup>, por lo que no se cumplían los requisitos necesarios para la concesión de la protección requerida, denegando las tres solicitudes.

La denegación de asilo fue recurrida, en los tres casos, ante la instancia competente<sup>54</sup>, el Rechtbank's-Gravenhage, que entendió que el Ministerio había podido considerar razonablemente que los hechos narrados

---

<sup>52</sup> Ciertamente, en la legislación interna de los tres países mencionados, la homosexualidad está tipificada como delito y, en todos ellos, se establecen penas privativas de libertad para los considerados culpables que, además, en el caso de Sierra Leona y Uganda pueden llegar a ser de cadena perpetua. En Sierra Leona, en virtud del artículo 61 de la *Offences against the Person Act* (1861), los actos homosexuales se castigan con una pena privativa de libertad de un mínimo de 10 años y un máximo de cadena perpetua. En Uganda, a tenor del artículo 145 del Código Penal (1950), los homosexuales pueden ser castigados con pena privativa de libertad que puede llegar a ser de cadena perpetua, en su grado máximo. Finalmente, el artículo 319 del Código Penal senegalés establece para los culpables de actos homosexuales penas privativas de libertad que puede de ir de uno a cinco años, además de una multa. *Vid.* STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-201/12), apdo. 26.

<sup>53</sup> *Ibid.*, apdo. 28.

<sup>54</sup> X y Z interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos, mientras que Y presentó una demanda destinada a obtener medidas cautelares. Los tres recurrentes no corrieron la misma suerte. En el caso de X e Y, el órgano judicial estimó el recurso y admitió la demanda de medidas cautelares, mientras que desestimó el recurso en el caso de Z.

por los tres solicitantes no resultaban creíbles, pero la diferente situación en sus países de origen en relación a la persecución de los homosexuales determinará una conclusión distinta, admitiendo las solicitudes de X e Y y denegando la de Z<sup>55</sup>.

Ambas resoluciones dieron lugar a recursos ante el Consejo de Estado (Raad van State)<sup>56</sup> quien, tras precisar que no constituye objeto de controversia 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, subraya la existencia de opiniones divergentes entre las partes respecto de en qué medida el hecho de vivir plenamente su orientación sexual goza de protección en virtud de los artículos 9 y 10 de la Directiva. Por ello, antes de adoptar una decisión en los tres litigios principales, el Consejo de Estado planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en la que pide a éste que se pronuncie sobre tres cuestiones<sup>57</sup>: que determine si los “extranjeros” homosexuales constituyen un

---

<sup>55</sup> Así, entiende que la decisión del Minister en relación con la solicitud de asilo del nacional senegalés (Z) se ajunta a derecho y, por tanto desestima el recurso por entender que “de los datos y documentos aportados por Z no cabía deducirse que existiera en Senegal una persecución generalizada de las personas homosexuales. Sin embargo, en el caso de X e Y, admite las peticiones de los recurrentes por entender que el Minister “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 por su homosexualidad *Vid.* STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-“01/12), apdos. 30 y 31.

<sup>56</sup> En los dos primeros supuestos, el Ministro recurrió la anulación de sus resoluciones de denegación de asilo ante el Raad van State, mientras que Z recurrió ante este mismo tribunal la sentencia que había desestimado su recurso contra la denegación de asilo. *Ibid.*, apdo 29-33.

<sup>57</sup> Las cuestiones planteadas son: “1. ¿Constituyen los extranjeros con una orientación homosexual un grupo social determinado en el sentido del artículo 10.1 d) de la Directiva?; 2. En caso de que no sea así, ¿qué actividades homosexuales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva? En caso de actos de persecución por tales actividades y si se cumplen los demás requisitos, ¿puede ello dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado? Esta cuestión, además, comprende tres 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 la 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 ori-



grupo social determinado; en caso de ser así, que clarifique cuándo puede entenderse que son perseguidos precisamente por pertenecer a ese grupo social y, por último, si la Directiva comprende todas las actividades homosexuales y, por tanto, si puede exigírsele al extranjero que, a fin de no ser perseguido, “sea discreto” en la vivencia de su sexualidad. Tras el análisis de las cuestiones planteadas, el tribunal entiende que el artículo 10.1, letra d) de la Directiva analizada, 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. Por ello, 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<sup>58</sup>.

A dicho fallo, el TJUE llega tras una serie de fundamentos de derecho que, a nuestro modo de ver, constituyen elementos esenciales para la futura aplicación de la normativa comunitaria en materia de asilo. Así, antes de entrar a examinar cada una de las cuestiones planteadas, el Tri-

---

gen con objeto de evitar la persecución? ¿Cabe esperar a este respecto de los homosexuales una discreción mayor que de los heterosexuales? y 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 [...], ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9.1 a) de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo? En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito?

<sup>58</sup> Y ello porque considera que: 1. El artículo 10.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una legislación penal [...], cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social y 2. El artículo 9.1 de la Directiva, en relación con la letra c) del apartado 2 de ese mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución.

bunal realiza una observación general realmente interesante, al subrayar que la Convención de Ginebra constituye el parámetro interpretativo de la Directiva al ser “la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para el **reconocimiento** del estatuto de refugiado y al **contenido** de éste fueron adoptados para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes”<sup>59</sup>. Por tanto, la interpretación que se haga de la Directiva debe ser teleológica, teniendo presente que su finalidad es guiar a las autoridades nacionales en la aplicación de la Convención de Ginebra para que lo hagan de un modo uniforme y homogéneo y, por tanto, en base a conceptos y criterios comunes. Realizadas estas precisiones, el Tribunal se ocupa del análisis de cada una de las preguntas planteadas.

Por lo que se refiere a la primera pregunta, en esencia, lo que se le plantea al TJUE es si, a la luz de la Directiva (art. 10.1 d)), puede entenderse que las personas homosexuales forman un determinado grupo social. En este sentido, el Tribunal señala que en virtud del mencionado artículo “se considera que un grupo constituye un determinado grupo social” si, en particular, concurren dos requisitos acumulativos. Por un lado, los miembros del grupo han de compartir una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad que no se les puede exigir que renuncien a ella. Por otro lado, dicho grupo ha de poseer una identidad diferenciada en el país tercero de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que le rodea”<sup>60</sup>. Partiendo de tal definición y en relación con el primer requisito, el Tribunal entiende que parece constatado que “la orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tal fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella”<sup>61</sup>. Respecto del segundo requisito, entiende el TJUE que “la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que ta-

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, apdo. 39.

<sup>60</sup> *Ibid.*, apdo. 45

<sup>61</sup> *Ibid.*, apdo. 46.

les personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”<sup>62</sup>.

En relación con la tercera pregunta —el Tribunal considera necesario responder a esta cuestión antes de hacerlo en relación con la segunda pregunta planteada—, es decir, la determinación de qué constituye acto de persecución, el TJUE comienza afirmando que “la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto que afecte al interesado de un modo tan significativo como para alcanzar la gravedad requerida para considerar que tal tipificación penal constituya una persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva”<sup>63</sup>. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta el tenor del artículo mencionado del que se deriva que para que una persecución deba ser interpretada en el sentido del artículo 1 de la sección a de la Convención de Ginebra, es necesario que dicha violación alcance cierta gravedad; por tanto, no cualquier violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzará de forma automática y necesaria tal gravedad. Sin embargo, de esta afirmación no debe derivarse necesariamente la ausencia de persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva en el caso concreto; muy al contrario, el hecho de que en toda la normativa del país de origen analizada la pena que se deriva de la condición de homosexual sea la pena de cárcel entiende el TJUE que puede constituir por sí sola un acto de persecución, siempre y cuando sea efectivamente aplicada. En consecuencia, entiende el tribunal que “cuando una persona que solicita asilo invoca [...] la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales [...] proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican [...]. En el marco del mencionado examen, corresponde a las autoridades nacionales determinar si, en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de libertad prevista” y “determinar si debe considerarse que, efectivamente, la persona que solicita asilo tiene fundados temores a ser perseguida al regresar a su país de origen”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, apdo. 48.

<sup>63</sup> *Ibid.*, apdo. 55.

<sup>64</sup> *Ibid.*, apdos. 58-60.

Finalmente, el TJUE se ocupa de la segunda cuestión planteada, es decir, si puede distinguirse entre actos homosexuales que sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y aquellos que no lo están y, por tanto, no justifican el reconocimiento del estatuto de refugiado. Lo esencial para dilucidar esta cuestión es partir de la base de que la Directiva “no prevé limitaciones relativas a la actitud que los miembros del grupo social específico pueden adoptar respecto a su identidad o respecto a los comportamientos que están o no incluidos en el concepto de orientación sexual”<sup>65</sup> (pfo. 68). En este sentido, entiende el Tribunal que no es legítimo esperar que una persona oculte su condición o actúe con discreción a fin de no ser perseguido en su país de origen.

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el Tribunal en su sentencia de 2013, siguiendo la estela marcada por la Directiva 2011/95/UE —que modificó la de 2004—, apuesta por una postura lo más garantista posible de los derechos de los extranjeros que, exclusivamente por su condición sexual, son perseguidas en sus países de origen y, por tanto, apuesta por considerarlos beneficiarios de asilo. Parece pues, que legislación y jurisprudencia de la UE siguen la senda “garantista” marcada por el ACNUR al mantener que “un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución, o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género”<sup>66</sup>. Así, valoramos como elementos positivos los avances que se han realizado en cuanto a la determinación de los extranjeros homosexuales como grupo social y la consideración de que no puede exigirse a un individuo que oculte su identidad sexual a fin de no ser perseguido en su país de origen.

En definitiva, podemos concluir que la UE, tanto desde la perspectiva legislativa, como desde la perspectiva jurisprudencial, ha decidido ser progresista y, en cierta medida, pionera en la defensa de los derechos de los extranjeros homosexuales abriendo sus puertas en aquellos caso en

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, apdo. 68.

<sup>66</sup> Principio 23 de los Principios de Yogyakarta-Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, aprobados por la Comisión Internacional de Juristas, en marzo de 2007.

que se constate la posible persecución en sus países de origen en base a su condición sexual<sup>67</sup>.

### 3.3.2. Asilo y libertad religiosa: Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de septiembre de 2012, Bundesrepublik Deutschland c. Y y Z (As. C-71/11 y C-99/11)<sup>68</sup>

En septiembre de 2012 el TJUE adopta otra sentencia paradigmática pues, por primera vez se ocupa del concepto de persecución y del concepto de religión como motivo de persecución.

La sentencia tiene origen en la solicitud de asilo en Alemania de dos individuos de origen pakistání, Y y Z, que pertenecen a la Comunidad Ahmadiya, alegando que no pueden practicar libremente su religión en su país sin verse sometidos al riesgo de ser condenados a penas de prisión, e incluso de muerte. El Servicio Federal de Inmigración y Refugiados alemán rechaza ambas solicitudes al entender que no queda probado que los solicitantes habían abandonado su país de origen por temer fundadamente ser perseguidos en el mismo<sup>69</sup>. Los solicitantes recurren esta de-

---

<sup>67</sup> Y es que, podemos calificar a la UE de avanzada, si contrastamos la jurisprudencia del TJUE con la del TEDH; ciertamente, en su último pronunciamiento sobre estos temas (Asunto M. E. c. Suecia, de 24 de junio de 2014) las afirmaciones hechas por el TEDH, por lo que a la exigencia o no de discreción sobre la condición sexual a fin de no ser perseguido se refiere, entendemos son, cuando menos, cuestionables. Así, entiende el TEDH que "even if the applicant would have to be discreet about his private life during this time, it would not require him to conceal or suppress an important part of his identity permanently or for any longer period of time. Thus, it cannot by itself be sufficient to reach the threshold of Article 3 of the Convention". Ante esta afirmación, creemos que sólo cabe perplejidad: si 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, ¿se le puede pedir que lo oculte por un breve período de tiempo? *Vid. TEDH, Sentencia de 26.06.2014 (Sección Quinta), M. E. c. Suecia, 71398/12*. El fallo de Sala entendió no existía en el caso violación del artículo 3 del CEDH, opinión que ha sido confirmada por la Gran Sala en su sentencia de 8 de abril de 2015.

<sup>68</sup> Para un comentario detallado de la sentencia puede consultarse, entre otros, FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "La concesión del Estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto Y y Z", en *RGDE*, 31, 2013, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>69</sup> *Vid. Sentencia del TJUE de 05.09.2012, as. C-71/11 y C-99/11, apdo. 33.*

cisión hasta llegar al Tribunal superior de lo Contencioso-Administrativo de Sajona, que estima las pretensiones de los solicitantes, prohibiendo, por tanto, su expulsión en tanto que refugiados. Creemos interesante recoger algunos de los argumentos mantenidos por este tribunal para, finalmente, estimar las alegaciones de los solicitantes de asilo. Así, en primer lugar, considera irrelevante que los solicitantes de asilo hubiesen o no sido víctimas de persecución antes de su salida de Pakistán ya que lo determinante, según este tribunal, es que “por su condición de ahmadiés activos, se verían expuestos en todo caso, en Pakistán, a un riesgo de persecución”<sup>70</sup>. Por tanto, dado que “en caso de regresar a Pakistán, no podría seguir practicando su religión en público sin exponerse a un riesgo de persecución”, este dado “debe ser tenido en cuenta en el procedimiento de asilo mediante el que se determina si se les ha de conceder el estatuto de refugiado”<sup>71</sup>. Por tanto, para el tribunal sajón la clave para la concesión del asilo, ya que de ella deriva la persecución, es considerar que “la práctica de su fe en público por parte de los solicitantes es absolutamente necesaria para conservar su identidad religiosa”<sup>72</sup> y, por tanto, no pueden renunciar a ella.

Las sentencias del tribunal superior sajón es recurrida ante el Tribunal Federal Contencioso Administrativo, que, a su vez, decide elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE planteándole tres preguntas que en esencia se centran en tres cuestiones<sup>73</sup>: a) en que medida impedir a una persona vivir su fe de manera abierta y plena puede ser entendido como un acto de persecución; b) si la persecución no debe centrarse sólo en la “esencia” de la libertad religiosa y c) si es razonable esperar que la perso-

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, apdo. 37.

<sup>71</sup> *Ibid.*, apdo. 38.

<sup>72</sup> *Ibid.*, apdo. 40.

<sup>73</sup> Concretamente, el Tribunal alemán plantea al Tribunal las siguientes cuestiones: “1. En qué medida una violación de la libertad religiosa, en particular del derecho de la persona a vivir su fe de manera abierta y plena, puede constituir un “acto de persecución”; 2. Si el concepto de acto de persecución no debe limitarse exclusivamente a las violaciones que afectan a una supuesta “esencia” de la libertad religiosa; 3. Si los temores del refugiado a ser perseguido con fundados en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva, cuando al regresar a su país de origen, pretende llevar a cabo actos religiosos que lo expondrán a un riesgo para su vida, su libertad o su integridad, o si, por el contrario, es razonable esperar que esa persona renuncie a practicarlo”. *Vid. Ibid.*, apdo. 44.

na, cuando vuelva a su país, renuncie a practicar los actos religiosos que pondrían en riesgo su vida.

De todas ellas, a efectos de nuestro estudio, creemos reviste un enorme interés las afirmaciones que el Tribunal realiza en torno a lo que deba entenderse por persecución. Sin embargo, creemos que esta sentencia es igualmente interesante en lo que se refiere al contenido de la libertad religiosa, si bien esta cuestión no es objeto de nuestro análisis en este trabajo.

En base a la normativa comunitaria, el TJUE concluye que no toda injerencia en la libertad religiosa es una violación grave de la misma y, por tanto, no tiene por que constituir un acto de persecución. En esta línea, entiende el Tribunal que constituirán acto de persecución sólo aquellas violaciones graves del derecho que lleven a las personas que lo sufren a una vida "intolerable" en su país de origen viéndose privada de sus derechos más esenciales. Así las cosas, la primera cuestión para valorar si existe o no acto de persecución, será examinar si a fin de limitar la libertad religiosa, las medidas adoptadas constituyen violación del derecho a la vida, a la prohibición de la tortura, a la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso o al principio que establece que no hay pena sin ley<sup>74</sup>. En definitiva, lo que deberá ser analizado son las medidas y las sanciones que pueden adoptarse para determinar si se está llevando a cabo una violación grave del derecho de libertad religiosa que constituya un acto de persecución<sup>75</sup>. Para ello, igual que ocurriera en la sentencia anteriormente analizada, el Tribunal recurrirá al examen de la normativa nacional y, en este sentido, constata que el Código penal pakistani establece penas de multa y prisión de hasta tres años para los miembros de la comunidad ahmadia que se declaren musulmanes y califiquen su religión como islam; asimismo, establecen las mismas penas para aquellos que propaguen o prediquen su religión e insten a otras personas a unirse a ella<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "La concesión del Estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto Y y Z", *op. cit.*

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 15.

<sup>76</sup> *Vid.* Sentencia del TJUE de 05.09.2012, as. C-71/11 y C-99/11, apdo. 33. Ello significa que "la prohibición afecta tanto a la manifestación interna de la libertad religiosa: el considerarse o no musulmán o el considerar su religión como islámica; como a la manifestación externa de la misma predicar o propagar la religión"; *vid.* FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "La concesión del Estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perse-

Del mismo modo, el Código Penal pakistani impone la pena de muerte o cadena perpetua para las personas que ultrajen el nombre de Mahoma y, dado que la práctica de la religión ahmadí se considera blasfemia, puede implicar que sus fieles sean acusados de ofensas al profeta y, por tanto, condenados a las penas previstas en la normativa nacional<sup>77</sup>. Por tanto, el elemento principal para determinar la necesidad de protección internacional lo constituirá estas penas.

En definitiva, en opinión del TJUE el motivo que puede llevar a la concesión del estatuto de refugiado es que las medidas establecidas para limitar la libertad religiosa pueden ser considerados como medidas que implican violación grave de derechos humanos y, por tanto, ser interpretados como persecución a la luz del artículo 9 de la Directiva 2004/83/CE.

#### 4. CONCLUSIONES

El binomio seguridad/inmigración ha alcanzado en estos momentos una significación enorme tras los atentados terroristas del 13-N en París que han costado la vida a más de 120 personas. Tras estos atentados, las diferentes posturas respecto de como gestionar la crisis de los refugiados en Europa se muestran más enconadas. El riesgo de desbaratar un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia fundado en el Estado de Derecho y en el respeto de los derechos humanos se muestra como una posible realidad futura. Pero, ¿cuál es el objetivo de la seguridad? ¿no es la garantía del disfrute de los derechos y las libertades fundamentales? Si es así, la Unión Europea cuenta con los instrumentos para gestionar una Europa segura y respetuosa con los derechos de todos, ciudadanos, inmigrantes regulares e inmigrantes irregulares. La delimitación adecuada de los diferentes estatutos y, por tanto, de los diferentes regímenes jurídicos ha de ser el camino. La distinción de la política de asilo y la política de seguridad también.

De todo lo dicho hasta este momento en el presente trabajo, podemos concluir que la Unión Europea, aún partiendo de una postura restrictiva en cuanto a la concesión de asilo, ha ido avanzando hacia un régimen

---

guido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto Y y Z", *op. cit.* p. 16.

<sup>77</sup> *Vid.* Sentencia del TJUE de 05.09.2012, as. C-71/11 y C-99/11, apdo. 31.



más protector e inclusivo gracias, en gran medida, a la labor interpretativa del TJUE.

Así, podríamos interpretar como una medida restrictiva el hecho de que, tanto la antigua *Directiva 2004/83/CE*, como la actual *Directiva 2011/95/11 de reconocimiento* usen el artículo 1A.2 de la Convención de Ginebra de 1951 como parámetro de definición de quién puede ser beneficiario del estatuto de asilado. Ciertamente, los motivos tasados que la Convención recoge para la definición de refugiado y su identificación en el derecho europeo con quién pueda ser considerado asilado, constituyen un límite. Sin embargo, este efecto restrictivo debe ser matizado.

Por una parte, porque, aun siendo restrictiva en la definición de los beneficiarios del estatuto de asilado, lo cierto es que, al identificar asilo y refugio, la normativa europea es más generosa que la normativa internacional al conceder el elenco de derechos que derivan del estatuto de asilado a todas aquellas personas que encajen en la definición del artículo 1A.2 de la Convención de 1951.

Por otra parte, la evolución normativa de los últimos años, en especial la modificación de la Directiva de reconocimiento en 2011 y el llamado “paquete de asilo” de 2013, han recogido las tendencias aperturistas de la práctica europea que, por otra parte, venían impuestas por la realidad social. Ello ha permitido, a través del asilo, la protección de personas que huyen de sus países por miedo a ser perseguidos por su condición sexual o género, o por otras razones.

Y, finalmente, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su jurisprudencia, ha realizado una interpretación teleológica de la norma, siendo capaz de realizar una interpretación progresista y más garantista, incidiendo tanto en la evolución normativa como en la práctica de los Estados miembros. Ciertamente, el TJUE subraya en todas sus sentencias que la Convención de Ginebra constituye la piedra angular para la interpretación de la normativa europea de asilo, tal y como venimos señalando a lo largo de todo este trabajo, pero ello, lejos de ser un inconveniente, se ha convertido en un instrumento positivo ya que, dicha remisión, ha tenido como consecuencia que el TJUE se mire en las directrices interpretativas elaboradas a lo largo de los años por ACNUR. Es el caso de la sentencia de 7 de noviembre de 2013 comentada que, creemos, constituye un paso adelante en la interpretación de la normativa europea en materia de asilo, en el sentido de apostar por una aplicación

de este derecho que responda al objetivo de proteger a aquellas personas que, por la razón que sea, sean víctimas de violaciones graves de sus derechos humanos. Por ello, creemos que constituye una esperanza para aquellas personas que, en su deseo de vivir en dignidad, deseen solicitar asilo en los Estados miembros de la Unión Europea. Y es que, como señalara el ACNUR en su Directriz nº 9 “que un solicitante pueda evitar la persecución por ocultar o por ser “discreto” sobre su orientación sexual o identidad de género, o lo que haya hecho anteriormente, no es una razón válida para negar la condición de refugiado. [...], a una persona no se le puede negar la condición de refugiado en base a un requisito que cambie u oculte su identidad, opiniones o características con el fin de evitar la persecución”<sup>78</sup>.

Hasta aquí los elementos “positivos”; ¿qué hay de lo negativo? Lo cierto es que de la normativa y jurisprudencia europeas se deduce que la mera condición sexual, o la profesión de una fe, o la constitución de un grupo social determinado, o la persecución por pertenecer a ese grupo determinado no son razón suficiente para beneficiarse del estatuto de refugiado o asilado. En este sentido, la normativa europea exige que los actos de “persecución” deben ser suficientemente graves por su naturaleza o reiteración como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales y no toda violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo alcanzará de forma automática y necesaria tal gravedad. ¿Significa esto que si bien podemos considerar que estas personas son perseguidas en razón de su condición sexual, o de su religión, o de su género, o de su opinión política, sin embargo pueden no ser beneficiarias del derecho de asilo? Pues parece que, efectivamente, la concesión de asilo no es automática. Y es que, el TJUE entiende que el simple hecho de la condena social o legal (a través de la tipificación penal) de determinados comportamientos en los países de origen no puede ser interpretada como persecución y, por tanto, no constituye razón suficiente para la concesión de asilo. En opinión del Tribunal, dicha gravedad se alcanzará únicamente en aquellos casos en que en la normativa del país de origen la pena que se imponga sea de una determinada magnitud y, además, que ésta sea efectivamente aplicada. En estos casos, en opinión del TJUE el hecho de la tipificación puede constituir por sí sola un

---

<sup>78</sup> Vid. HCR/IP/12/09, pfo. 31.

acto de persecución y por tanto constituye razón suficiente para conceder el asilo. Pero sólo en estos casos. Por tanto, a pesar de los avances, no podemos ser absolutamente optimistas ya que, a nuestro modo de ver, Europa sigue siendo demasiado restrictiva a la hora de valorar los actos de persecución que justifican la solicitud y, en definitiva, la concesión de asilo.

En definitiva, el reto para la Unión Europea es definir su política de inmigración y su política de asilo y determinar como éstas inciden en su política de seguridad. Como ya hemos señalado, de ello depende el mantenimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia y la garantía de los derechos de cada uno de los estatus. En esta línea, quizá éste sea un gran momento ya que la actual crisis de los refugiados ha cambiado la mentalidad de ciertos Estados europeos que veían el problema de la inmigración irregular como un problema de otros para comenzar a verlo como un problema de todos. Aprovechemos la receptiva de los Estados que ha provocado el cambio en los flujos migratorios<sup>79</sup>.

Por otra parte, es evidente que el sistema común de asilo creado por la Unión no es capaz de responder a situaciones de afluencia masiva de refugiados procedentes de países que son escenario de cruentos y prolongados conflictos armados o de ataques terroristas como lo está demostrando la situación actual. Por ello, quizá sea necesario dar una vuelta a la Directiva 2001/55/CE de protección temporal.

En definitiva, ser europeo no sólo significa enarbolar una bandera y ser titular de derechos y beneficios. Significa, compartir un proyecto, crear espacios y sistemas comunes y aplicar los valores que, durante tantos años se han ido consolidando. ¿serán capaces la Unión Europea y sus Estados Miembros de hacer realidad la idea de la Europa de la libertad, la democracia y los derechos humanos? ¿Será capaz de responder ante la crisis actual con solidaridad, humanidad y responsabilidad? ¿o esta nueva crisis hará aún más evidente la diferencia de perspectivas, de intereses y de valores de los Estados Miembros? ¿qué incidencia tendrán la reavivación de la amenaza terrorista generada tras los atentados terroristas de París en la política europea de asilo? ¿todo vale para garantizar nuestra

---

<sup>79</sup> Vid. FRONTEX: *Annual Risk Analysis 2015*, Varsovia, 2015, EUROSTAT: "Estadísticas de migración y población migrante", [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es).

seguridad? ¿no depende, en definitiva, también nuestra seguridad de la seguridad de los otros? ¿qué hay del vínculo desarrollo/derechos humanos/seguridad? De nuevo, el proyecto europeo se encuentra en la encrucijada; sólo el futuro nos dirá si ha sido capaz de superar esta nueva "crisis".