

**TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA**

TJCE – SENTENCIA DE 17.02.2009, *ELGAFAJI c. STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE* – C-465/07 – POLITICA EUROPEA DE ASILO Y REFUGIO – ARTICULO 3 CEDH -PROTECCIÓN SUBSIDIARIA – AMENAZAS GRAVES E INDIVIDUALES CONTRA LA VIDA O LA INTEGRIDAD FÍSICA DE UN CIVIL MOTIVADAS POR UNA VIOLENCIA INDISCRIMINADA EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO - PRUEBA

**MIGUEL A. ACOSTA SÁNCHEZ
MICHEL REMI NJIKI***

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. HECHOS.
- III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.
 1. ALCANCE DEL ARTÍCULO 15 C) DE LA DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO.
 - A) *El TJCE y la jurisprudencia del TEDH: la autonomía interpretativa del artículo 15 c) de la Directiva.*
 - B) *Aclaración conceptual y método interpretativo del TJCE.*
 2. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y SUS ELEMENTOS CALIFICADORES.
- IV. CONCLUSIONES.

* Miguel A. Acosta es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Penal y Derecho Procesal, Universidad de Cádiz, España. Michel Remi Njiki es Profesor Sustituto de Derecho Internacional Público en la misma Universidad.

I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de su Sentencia de 17 de Febrero de 2009 en el asunto *Elgafaji*¹, el entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance del artículo 15 c) de la Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen Normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección (en adelante, Directiva de Reconocimiento)². El TJCE ha procedido a clarificar ciertos aspectos ligados con el derecho de asilo en la Unión Europea³, en particular en lo que atañe al derecho a la *protección subsidiaria*. Dicha protección se otorgaría a un nacional de un tercer país o apátrida que a pesar de no reunir los requisitos para ser beneficiario del estatuto de refugiado, existen motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o residencia habitual, tendría que hacer frente a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país⁴.

¹ Sentencia del TJCE, de 17.02.2009, *Meki Elgafaji, Noor Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, *Rec.* p. I-921.

² Directiva 2004/83/CE, *DOUE*, L 304 de 30.09.2004, pp. 12-23.

³ En los últimos años y en el marco del denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la UE pretende la consecución de un sistema europeo común de asilo a través de la adopción de normativa en materia de asilo, refugio y personas desplazadas, y cada vez más justo y equitativo con los solicitantes, con formas subsidiarias y complementarias de protección. Ver, DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., «Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias», en AA.VV., *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Volumen II, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1311-1333, así como la bibliografía citada.

⁴ Ver, artículo 2 e) de la Directiva de Reconocimiento. La Protección subsidiaria opera como una red de seguridad para las personas referidas que corren el riesgo de quedarse desprotegidas en cuanto a sus derechos humanos inderogables. Ver, CARLIER, J.-Y., «Réfugiés: identification et statut des personnes à protéger : la directive “qualification”», en, JULIEN-LAFERRIER, F., LABAYE, H., EDSTRÖM, Ö. (Dir.), *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 289-322; DAUTRICOURT, C., «Chronique des arrêts: Justice, liberté et Sécurité (arrêt Elgafaji)», *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2/2009, pp. 338-346, en p. 344; GORTAZAR ROTAECHE, C., «La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho comunitario europeo en la materia», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.), *La revitalización de la protección de los refugiados*, Servicio de

II. HECHOS

En la Sentencia *Elgafaji*, nos encontramos con una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE, y originada por la denegación de una solicitud de permiso de residencia temporal por parte de las autoridades de los Países Bajos a la pareja Elgafaji, de nacionalidad iraquí. Esta pareja alegaba amenazas graves e individuales sobre sus derechos fundamentales en el caso de ser expulsados a su país de origen. El Sr. Elgafaji de religión chiíta declaró haber sido objeto de amenazas por las milicias que operaban en Bagdad, al hallar un cartel frente a la puerta de su domicilio que tenía la inscripción «muerte a los colaboradores», y unos días después del asesinato de su tío con el que había trabajado varios años en la misma empresa de seguridad británica. En concreto, la decisión denegatoria del *Staatssecretaris van Justicie* —Secretario de Estado de Justicia neerlandés— desacreditó las pruebas aportadas por los esposos Elgafaji entendiéndose que no se había demostrado decisivamente el riesgo real de amenazas graves e individuales para el caso de ser devueltos a su país de origen. Tras el recurso planteado por los Señores Elgafaji, el órgano jurisdiccional competente —*Rechtbank*— anuló la decisión que les denegaba el permiso de residencia con motivo de que se había indebidamente equiparado las pruebas exigidas por el artículo 15 c) —que aún no había sido transpuesto al ordenamiento jurídico nacional— con las requeridas en el artículo 15 b) de la Directiva de

publicaciones de la Universidad de Huelva, 2002, pp. 231-248; GREGOR, N., «International protection obligations and the definition of subsidiary protection in the EU Qualification Directive», en DIAS URBANO, C., DE BRUYCKER, P. (Dir.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 183-194; MCADAM, J., «The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime», *International Journal of Refugee Law*, 2005, vol. 17, n.º 3, pp. 461-516, en pp. 469-497; PIOTROWICZ, R., VAN ECK, C., «Subsidiary protection and primary Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, January 2004, pp. 107-138, en p. 108; SALAMANCA AGUADO, M.E., «La protección subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la Sentencia del TJCE de 17 de Febrero de 2009, en el asunto Elgafaji (C-465/07)», *Revista General de Derecho Europeo*, 2009, n.º 19; TEITGEN-COLLY, C., «The European Union and Asylum: An illusion of protection», *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, pp. 1503-1566, en pp. 1533-1538. Igualmente, STJUE, de 02.03.2010, *Aydin Salahadin Abdulla y otros c. Bundesrepublik Deutschland*, asuntos acumulados C 175/08, C 176/08, C 178/08 y C 179/08, aún no publicada en la *Recopilación*, apartados 77-80, y Conclusiones del Abogado General Sr. JAN MAZAK presentadas el 15.09.2009, punto 77, y en donde se diferencia claramente la protección subsidiaria del estatuto de refugiado.

Reconocimiento y el artículo 29.1 b) de la ley de extranjería neerlandesa de 2000⁵. Según este mismo órgano jurisdiccional, las pruebas de amenazas graves podrían aportarse más fácilmente en el marco del artículo 15 c) frente a la exigida por el artículo 15 b) de la Directiva citada. En fase de apelación, el Consejo de Estado—*Raad van Staat*—, ante las dudas sobre la interpretación de la norma, planteó las cuestiones prejudiciales que sustentan el caso⁶. Para ello, se interpelló, en primer lugar, sobre el alcance del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento⁷ y en relación con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁸, para determinar si la Directiva ofrecía una protección complementaria a la prevista en el citado artículo del CEDH. En segundo lugar, se cuestionaba sobre los criterios de aplicabilidad de dicho artículo 15 c)⁹.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Ante este interesante asunto, la respuesta del TJCE fue, por una parte, a favor de una interpretación flexible del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, al considerar que este precepto no exige que el solicitante de protección subsidiaria aporte la prueba de su afectación específica en

⁵ Ver, STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 20; Conclusiones del Abogado General, Sr. M. POIARES MADURO, de 09.09.2008, punto 12.

⁶ Las cuestiones prejudiciales publicadas en *DOUE*, C 8, de 12.01.2008, p. 5.

⁷ Artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento, «Constituirán daños graves: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.»

⁸ Artículo 3 del CEDH, «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Ver Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, *B.O.E.* núm. 243, 10.10.1979.

⁹ «1) ¿Debe interpretarse el artículo 15, [...] letra c), de la Directiva [...] en el sentido de que dicha disposición concede protección únicamente en una situación a la que también se refiere el artículo 3 del [CEDH], tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en el sentido de que proporciona una protección complementaria o distinta de la del artículo 3 del [CEDH]? 2) En el caso de que la protección proporcionada por el artículo 15, [...] letra c), de la Directiva sea complementaria o distinta de la del artículo 3 del [CEDH], ¿qué criterios han de aplicarse para determinar si una persona, que alega poder acogerse al estatuto de protección subsidiaria, corre el riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales motivadas por una violencia indiscriminada, en el sentido del artículo 15, [...] letra c), en relación con el artículo 2, [...] letra e), de la Directiva?». Ver STJCE, *Elgafaji, cit.*, apartado 26.

razón de su situación personal frente a las amenazas graves e individuales contra su vida o su integridad física; y por otra, que la existencia de tales amenazas graves, apreciada por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, puede estar acreditada cuando el grado de violencia indiscriminada es de tal extremo que existen motivos fundados para pensar que un civil expulsado al país o en la región donde prevalezca esta violencia, se enfrentaría con el riesgo real de sufrir dichas amenazas por el simple hecho de su presencia en esos lugares¹⁰.

Por tanto, se pueden distinguir dos cuestiones de gran interés y que giran entorno a la apreciación del alcance del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, y a los elementos calificadores de la denominada Protección Subsidiaria.

1. ALCANCE DEL ARTÍCULO 15 C) DE LA DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

La apreciación del alcance del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento es fundamental para la solucionar el caso que se plantea al Tribunal de Justicia. Del estudio de los límites interpretativos de este artículo se desprende según la propia argumentación del Tribunal la exigencia de su lectura autónoma con respecto del artículo 3 del CEDH y también la necesaria precisión de algunos conceptos jurídicos esenciales y de imprescindible aclaración como son las nociones de «daños graves» y «amenazas graves e individuales contra la vida y la integridad física». Junto a ello, conviene apreciar el método interpretativo utilizado por el TJCE en esa labor.

A) *El TJCE y la jurisprudencia del TEDH: la autonomía interpretativa del artículo 15 c) de la Directiva*

En la primera interpelación, el tribunal remitente pregunta si la letra c) del artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento debe ser interpretada a la luz del artículo 3 del CEDH, en concreto, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH—.

El propio enunciado del apartado b) del artículo 15 de la Directiva, reproduce el artículo 3 del CEDH, por lo que *a priori* se puede inducir a buscar una conexión entre ambos textos normativos. Además, el historial

¹⁰ Ver STJCE, *Elgafaji*, *cit.*, apartado 45.

de la elaboración de dicho artículo 15 pone de relieve la preocupación de sus redactores por establecer un nexo¹¹ entre dicho artículo con materias de derechos fundamentales correspondientes a las personas solicitantes de protección internacional y entre ellos, los solicitantes de la Protección Subsidiaria¹². En este orden de ideas, el «Considerando (25)» de la Directiva establece que los criterios para la concesión de la Protección Subsidiaria deben extraerse de las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos sobre derechos humanos —que incluyen el CEDH— y las prácticas existentes en los Estados. Asimismo, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia pertinente que precisa el alcance de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes y la prohibición de la expulsión de personas a países donde éstas estarían expuestas a riesgos de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del CEDH —la figura conocida como *non refoulement*—¹³. Todos estos antecedentes dan motivos suficientes al TJCE para

¹¹ STJCE, *Elgafaji*, *cit.*, apartado 28; Conclusiones del Abogado General, Puntos 18-24. Para DAUTRICOURT, «Les points a) et b) reflètent respectivement les obligations internationales des Etats membres au titre des protocoles n.º 6 et 13 à la CEDH (prohibition de la peine capitale) et au titre de l'article 3 CEDH (interprétée comme prohibant le refoulement d'une personne vers un pays où elle encourt un risque sérieux d'être exposé a de tels traitements). Le libellé du point c) de l'article 15 est en revanche inedit.» Ver DAUTRICOURT, C., «Chronique des arrêts:...», *loc. cit.*, p. 339.

¹² La formulación original del artículo 15 c) integraba una expresa vinculación con los derechos humanos, «Con arreglo al apartado 2 del artículo 5, los Estados miembros concederán el estatuto de protección subsidiaria al solicitante de protección internacional que esté fuera de su país de origen y no pueda volver allí por un temor fundado a sufrir el siguiente perjuicio grave e injustificado: [...] c) amenaza para su vida, seguridad o libertad, a consecuencia de la violencia indiscriminada surgida en situaciones de conflicto armado, o a consecuencia de violaciones sistemáticas o generalizadas de sus derechos humanos.». Ver Doc. COM (2001) 510 Final, «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección», de 12.09.2001. Igualmente, ACNUR, «Declaración del ACNUR sobre la Protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de la Unión Europea», enero de 2008, pp. 5-7, accesible en www.acnur.org; STOREY, H., «EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?», *International Journal of Refugee Law*, 2008, vol. 20, n.º 1, pp. 1-49, en p. 34; PIOTROWICZ, R., VAN ECK, C., «Subsidiary protection...», *loc. cit.*, pp. 110-114.

¹³ Sobre la jurisprudencia relativa al artículo 3 del CEDH, se puede ver SSTEDH *Vilvarajah and others v. United Kingdom*, 30.10.1991, n.º 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, A 215, § 108; *Ahmed v. Austria*, 17.12.1996, n.º 25964/94, *Rep.* 1996-VI, fasc. 26; *Salah Sheikh v. Netherlands*, 11.1.2007, n.º 1948/04, Sección 3, ECHR 2007; *Saadi*

apreciar la importancia de la cuestión de la analogía entre el artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento y el artículo 3 del CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Ha de recordarse, además, que tanto el TJCE como el TEDH constituyen dos instituciones jurisdiccionales que pertenecen a dos ordenamientos jurídicos confluentes en el territorio europeo, si bien conservan su total independencia a nivel de fuentes, estructura normativa y jurisdiccional. Sin embargo, cabe constatar que a pesar de esta separación, se ha producido un progresivo acercamiento entre ambos órganos, acompañada de una clara vinculación recíproca jurisprudencial¹⁴. E incluso con el Tratado de Lisboa, se prevé en el artículo 6.2 TUE la posibilidad de adhesión de la UE al CEDH¹⁵.

A pesar de este planteamiento, el TJCE, aún reconociendo que el derecho fundamental recogido en el artículo 3 del CEDH forma parte de los principios generales del Derecho comunitario y que se toma en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en estos ámbitos¹⁶, asienta una interpretación autónoma del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, y en tanto que presenta un contenido distinto del citado artículo 3 CEDH¹⁷. En efecto, de entrada, el TJCE descarta la existencia

v. *Italy* (GC), 29.01.2008, n.º 37201/06, ECHR 2008; *N.A. v. United Kingdom*, 17.07.2008, n.º 25904/07 (Sect. 4), ECHR 2008. Ver, CONDE PÉREZ, E., «TEDH-Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06 – artículo 3 CEDH – prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes – terrorismo v. tortura», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, n.º 32, pp. 275-290; PIOTROWICZ, R., VAN ECK, C., «Subsidiary protection...», *loc. cit.*, pp. 115-123; SPIJKERBOER, T., «Subsidiarity and Arguability: the European Court of Human Rights Case Law on Judicial Review in Asylum Cases», *International Journal of Refugee Law*, 2009, vol. 21, n.º 1, pp. 48-74, en pp. 53-60.

¹⁴ Ver, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, n.º 2, pp. 329-376, en p. 330. Ver, igualmente, HARPAZ, G., «The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, n.º 1, pp. 105-141.

¹⁵ El Tratado de Lisboa publicado en *DOUE*, C 115, de 09.05.2008 (última versión actualizada en *DOUE*, C 83, de 30.03.2010). En la misma línea, el artículo 6.1 TUE en su versión de Lisboa reconoce valor jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta recoge en su artículo 4 un contenido igual al previsto en el artículo 3 CEDH.

¹⁶ STJCE *Elgafaji cit.*, apartado 28.

¹⁷ «Le nœud du problème concerne la détermination du degré d'individualisation de des menaces graves exigé par l'article 15 c) ainsi que l'intensité de la charge de la preuve s'y

de una relación interpretativa necesaria entre el artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento y el artículo 3 del CEDH. De este modo, el TJCE circunscribe las contradicciones presentadas por el asunto a la interpretación del artículo 15 c) en relación con el artículo 2 e) de la Directiva de Reconocimiento¹⁸. En consecuencia, el TJCE procede a reformular las cuestiones planteadas tras recalcar que la interpretación del artículo 15 c) debe hacerse independientemente y de forma autónoma del artículo 3 del CEDH¹⁹, y centra el problema en la respuesta a una sola cuestión²⁰ que en esencia consiste en evaluar si la concesión de una Protección Subsidiaria, a tenor del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, está sujeta a que el solicitante aporte la prueba de estar afectado específicamente debido a elementos propios que le caracterizan. Y, en caso de respuesta negativa, se cuestiona sobre el criterio aplicable para poder probar las amenazas graves e individuales.

Es interesante observar, finalmente, que a pesar de proceder a una interpretación autónoma respecto del artículo 3 del CEDH, el TJCE recuerda

rapportant.», DAUTRICOURT, C., «Chronique des arrêts: Justice, liberté et Sécurité...», *loc. cit.*, p. 340. Ver, STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 30.

¹⁸ Según el artículo 2 e) de la Directiva de Reconocimiento, se entiende «persona con derecho a protección subsidiaria»: nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15 [...] y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país». Ver, STJCE, *Elgafaji, cit.*, apartado 29.

¹⁹ STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 28: «...el artículo 15, letra c), de la Directiva es una disposición cuyo contenido es distinto del contenido del artículo 3 del CEDH y cuya interpretación, por tanto, debe realizarse de forma autónoma, si bien dentro del respeto de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH». El Tribunal de Justicia sigue el criterio del Abogado General que considera que la interpretación de cualquiera de las disposiciones comunitarias no puede depender o no es compatible con la interpretación «dinámica y evolutiva» que hace el TEDH del Convenio Europeo sobre los Derechos Fundamentales puesto que esta corre el riesgo de quedarse «petrificada» si la tuviera que interpretar el TJCE. Por tanto, «no les corresponde a los órganos jurisdiccionales comunitarios determinar la interpretación que ha de darse al artículo 3 del Convenio», ver los puntos 20-21 de las Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO. Sin embargo, en el punto 22, el Abogado General insiste en que «...es necesario que cada sistema de protección existente, preservando su autonomía, intente comprender de qué modo interpretan y desarrollan esos mismos derechos fundamentales los demás sistemas, no sólo a fin de minimizar los riesgos de conflictos, sino también de comprometerse en un proceso de construcción informal de un espacio europeo de protección de los derechos fundamentales».

²⁰ STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 29.

que actuará con total respeto de los derechos fundamentales previstos en este Convenio, y ello implica además la observancia de las Sentencias del TEDH. De hecho, la respuesta que el Tribunal comunitario dará al órgano neerlandés sigue en la práctica la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo²¹.

B) Aclaración conceptual y método interpretativo del TJCE

La denegación de la solicitud de permiso de residencia temporal a los esposos Elgafaji por el *Staatssecretaris Van Justicie* se fundó en el argumento de que no habían aportado suficientemente la prueba del riesgo real de amenazas graves e individuales que corrían en caso de su eventual repatriación. El rechazo se fundamentaba en el artículo 29.1. b) y d) de la Ley de Extranjería neerlandesa de 2000, que además no había sido adaptada a la Directiva de Reconocimiento; esta última preveía en el artículo 15 c) unos requisitos menos rígidos para el beneficiario de la Protección Subsidiaria. En contra de la postura mantenida por la administración neerlandesa, el *Rechtbank* argumentó que el alto grado de individualización de la amenaza exigido por la normativa nacional era improcedente a la luz de las previsiones de la Directiva de Reconocimiento.

Ante esta situación, el TJCE procedió a una labor de precisión terminológica o de conceptos del artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento²². En esta labor, el TJCE establece una categorización de los «daños graves» indicados *in limine* por el artículo 15. Según este órgano jurisdiccional, los daños a los que se refiere los apartados a) y b) del artículo 15 aluden a «daños especiales»; son daños a los que el solicitante de Protección Subsidiaria está expuesto por circunstancias específicas del propio individuo. En cambio, los daños referidos en el apartado c) del mismo artículo 15, que conciernen «las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física» del solicitante, deben considerarse como «daños más generales», en tanto que parten de una situación de violencia indiscrimi-

²¹ Ver, STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 44.

²² STJCE, *Elgafaji cit.*, apartados 31-35. En la doctrina, los comentarios sobre el artículo 15 c) se limitan a destacar la ampliación que representa en la protección de derechos fundamentales más allá del artículo 3 del CEDH y su implicación con el Derecho Internacional Humanitario. Ver, MCADAM, J., «The European Union Qualification Directive:...», *loc. cit.*, pp. 479-487; PIOTROWICZ, R., VAN ECK, C., «Subsidiary protection...», *loc. cit.*, pp. 131-136; STOREY, H., «EU Refugee Qualification Directive:...», *loc. cit.*, pp. 33-37; TEITGEN-COLLY, C., «The European Union and Asylum:...», *loc. cit.*, pp. 1536-1537.

nada, lo que implica que pueden extenderse a cualquier persona sin consideración de su situación personal. El TJCE añade que los términos «pena de muerte», su «ejecución» y «la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de su solicitante» mencionados en los artículo 15 a) y b) se refieren a situaciones en las que el solicitante de Protección Subsidiaria se ve expuesto especialmente a riesgos de daños graves que son susceptibles de afectarle personalmente; circunstancias que nos se dan en el apartado c) del mismo artículo.

Por otra parte, el TJCE se extiende en su interpretación a aspectos teleológicos del artículo 15 c) de la Directiva²³, dejando claro el sentido en el que se debe entender el término «individual». El Tribunal rechaza interpretar dicho término de forma literal, sino más bien al contrario con un carácter neutro que se refiere a las personas civiles en general sin consideración de su identidad, y cuando éstas se enfrentan a una situación de violencia indiscriminada. Este término no debería por consiguiente restringir el ámbito de la protección de la Directiva de Reconocimiento, es decir, cubriendo sólo situaciones donde las personas se encuentren específicamente amenazadas, y ello a pesar de que la mayoría de los Estados apoyaron esta interpretación por temor a una apertura excesivamente amplia del concepto²⁴.

2. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y SUS ELEMENTOS CALIFICADORES

En el asunto, los demandantes impugnaron la decisión denegatoria del permiso de residencia temporal, invocando a su favor los artículos 15 c) y

²³ Ya en sus Conclusiones, el Abogado General sugería al Tribunal la adopción de un método de interpretación teleológico de la Directiva que consiste en tener en cuenta la finalidad que persigue la disposición del artículo 15 c). En este caso sería la de conceder una protección internacional a una persona que corre el riesgo de sufrir una violación de sus derechos fundamentales como el derecho a la vida o a no ser torturado, ya que de no interpretarlo así se mermaría o se degradaría en su esencia la protección internacional que se pretende garantizar a través de la protección subsidiaria. Ver, Conclusiones del Abogado General, punto 33. Lo que se defiende es dotar de efecto útil la interpretación del artículo 15 c) por parte de los órganos judiciales nacionales. Ver, STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 42. Además en su análisis, el ACNUR recomienda que el artículo 15 c) no se utilice para brindar protección contra los daños comprendidos en el artículo 15 a) y b). Según este organismo semejante interpretación no garantizaría el efecto útil del artículo 15 c). Ver, ACNUR, «Declaración del ACNUR sobre la Protección subsidiaria...», *cit. supra* nota 12, p. 6.

²⁴ Ver, Conclusiones del Abogado General, puntos 26-30. Igualmente, SALAMANCA AGUADO, M.E., «La protección subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada...», *loc. cit.*, p. 10-12.

2 e) de la Directiva de Reconocimiento a efectos de que les fuera garantizada la Protección Subsidiaria que se configura como una situación jurídica diferente de la del Refugio. La respuesta dada a esta cuestión, permitirá al TJCE determinar el estatuto de la Protección Subsidiaria y precisar sus elementos calificadores.

El interés de la Protección Subsidiaria o complementaria es otorgar una cobertura jurídica a personas que precisan de una protección internacional pero que no satisfacen los criterios de elegibilidad para el estatuto de refugiados establecidos en la Convención de Ginebra de 1951²⁵. Este tipo de protección no debe ser confundido con la protección temporal que aún pudiendo tener una misma fuente que la amenaza que origina la solicitud de protección internacional, obedece a una *ratio legis* distinta a la de la Protección Subsidiaria²⁶. Según el TJCE, no todas las situaciones pueden dar lugar a la Protección Subsidiaria, es decir, no basta cualquier tipo de violencia para desencadenar el mecanismo de dicha protección. Uno de los criterios determinantes a juicio del TJCE es el de la excepcionalidad de la violencia²⁷, precisando que la situación de violencia excepcional debe estar

²⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en vigor desde 1954, y para España desde 1978, *B.O.E.* n.º 252, de 21.10.1978. Ver, también, Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, en vigor desde 1967, y para España desde 1978, *B.O.E.* n.º 272 de 14.11.1978.

²⁶ La protección temporal cubre situaciones de personas desplazadas procedentes de terceros países que afluyen masivamente a un país de la UE por motivos de conflicto armado, de violencia permanente o de violación sistemática o generalizada de sus derechos humanos y a los que se garantiza una protección inmediata y de carácter temporal. En realidad, la protección subsidiaria protege individualmente a personas que de llegar en masa estarían bajo el concepto de la protección temporal, en razón del desbordamiento provocado por el tamaño de los flujos de desplazados. En este último caso se aplicaría la Directiva 2001/55/CE, relativa a la 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 dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DOCE* L 212, de 07.08.2001, pp. 12-23. Ver, ARENAS HIDALGO, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2005; MCADAM, J., «The European Union Qualification Directive:...», *loc. cit.*, pp. 482-483.

²⁷ STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 34, «En efecto, más que actos de violencia determinados, dicha disposición contempla más ampliamente «las amenazas [...] contra la vida o la integridad física» de un civil. Además, dichas amenazas son inherentes a una situación general de «conflicto armado internacional o interno». Finalmente, la violencia que origina dichas amenazas se califica de «indiscriminada», término que implica que puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal».

caracterizada por «un nivel de riesgo tan elevado que existan motivos fundados para creer que esa persona sufrirá individualmente el riesgo de que se trata». El argumento que motiva el recurso al criterio de la excepcionalidad de la violencia viene de la interpretación dada al «Considerando (26)» de la Directiva. En efecto, el «Considerando» referido dispone que los riesgos a los que en general se ven expuestos la población de un país o un sector de la población *no suelen* suponer en sí mismo una amenaza individual susceptible de calificarse como daños graves. Según el TJCE, este «Considerando» aporta cierta confusión en la interpretación de la noción de violencia indiscriminada del artículo 15 c), ya que podría llevar a exigir más pruebas de la individualización del daño en un contexto de violencia que por esencia no va dirigido hacia individuos identificados en concreto²⁸.

El TJCE, siguiendo una jurisprudencia ya asentada en el TEDH²⁹, considera que el grado de individualización de la amenaza se encuentra más elevado en los apartados a) y b) del artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento. Sin embargo, en el caso del artículo 15 c) juegan los elementos colectivos a tener en cuenta, esto es, que la «persona afectada pertenezca como otras personas, a un círculo de víctimas potenciales de una violencia indiscriminada en caso de conflicto armado interno o internacional». El TJCE añade, además, que la interpretación del artículo 15 c) debe realizarse mediante un recurso «sistemático» a los demás apartados, ya que sirven como parámetros de interés interpretativos³⁰. Profundizando en su razonamiento, el TJCE contrarresta las alegaciones del *Staatssecretaris* introduciendo un elemento de análisis basado en la simple lógica, al indicar que debe existir una relación de proporcionalidad inversa entre el riesgo de ser afectado específicamente y el de correr un riesgo general por motivos de violencia indiscriminada. Así, y según el TJCE, cuanto más pueda demostrar el solicitante que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, menos elevado será el grado de violencia indiscriminada exigido para que pueda acogerse a la Protección Subsidia-

²⁸ STJCE, *Elgafaji, cit.*, apartado 37. Ver, a este respecto, la posición minoritaria del Gobierno italiano y recogida en las Conclusiones del Abogado General, punto 28.

²⁹ Ver, sobre el concepto de «situación de violencia generalizada» y la relativización de la prueba de afección personal, SSTEDH, *N.A. v. United Kingdom, cit.*, § 115-117; *Salah Sheekh, cit.*, § 148; *Saadi v. Italy, cit.*, §§ 132 y 143, *supra* nota 13. Igualmente, SSTEDH, *Thampibillai v. the Netherlands*, 17.02.2004, n.º 61350/00 (Sect. 2) §§ 64 and 65; *Venkadasarasarma v. the Netherlands*, 17.02.2004, n.º 58510/00 (Sect. 2) §§ 66-67.

³⁰ STJCE, *Elgafaji, cit.*, apartado 38.

ria³¹. Por una parte, el TJCE confirma que los elementos de valoración de la solicitud deben tener en cuenta unos elementos esenciales: la extensión geográfica de la situación de violencia indiscriminada así como el destino efectivo del solicitante en caso de expulsión al país de que se trate —artículo 8.1 de la Directiva de Reconocimiento—; y por otra la existencia, en su caso de un indicio *serio de riesgo real* como el mencionado en el artículo 4.4 de la Directiva de Reconocimiento, indicio respecto del cual la exigencia de una violencia indiscriminada, requerida para poder beneficiarse de la Protección Subsidiaria, puede ser menos elevada³².

Con todo, el TJCE, en la misma línea expresada por el Abogado General en sus Conclusiones, y sin alejarse de la propia jurisprudencia del TEDH, va a considerar que la protección del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento no conlleva la necesidad de aportar pruebas de afección por la condición personal, y ello porque estamos ante una situación de violencia indiscriminada. Tal situación se produciría cuando, en opinión de los órganos nacionales, la violencia es de tal envergadura que existen motivos fundados para creer que cualquier persona expulsada al país o región referida, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir tales amenazas por su mera presencia en el territorio³³.

IV. CONCLUSIONES

En el asunto *Elgafaji*, se pone de manifiesto la amplísima y reconocida influencia jurisprudencial del TEDH respecto a la interpretación de normas de la UE en el ámbito de derechos fundamentales. En efecto, si bien en la resolución del caso presente el Tribunal de Luxemburgo defiende una interpretación autónoma de la norma comunitaria, esto no evita, finalmente, que la respuesta de este órgano judicial vaya en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Y ello como muestra de voluntad clara de promover un espacio europeo de protección de derechos fundamentales.

En el presente caso, el TJCE procede a flexibilizar la interpretación del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, en lo referido al concepto y elementos de prueba de la Protección Subsidiaria. Su pronunciamiento pone fin a una incertidumbre respecto de la interpretación de un precepto

³¹ STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 39. Ver, igualmente, Conclusiones Generales del Abogado General, puntos 36-37.

³² STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 40.

³³ STJCE, *Elgafaji cit.*, apartado 45, y Conclusiones del Abogado General, punto 42.

cuya ambigüedad en cuanto a su alcance es fruto de difíciles compromisos políticos³⁴, que hacían correr el riesgo de una obstaculización a la emergencia de un verdadero régimen sobre Protección Subsidiaria que armonizara y estableciera un estándar normativo mínimo en la UE. Es una ocasión sin precedente que le permite al TJCE delimitar las circunstancias que habilitan a personas que corren riesgos serios y reales de sufrir daños graves a sus derechos fundamentales y que se encuentran sujetos a medidas de expulsión a un país o una región donde las circunstancias de violencia indiscriminadas son de tal extremo que hacen serias y probables las amenazas requeridas para poder solicitar la Protección Subsidiaria. El TJCE contribuye por tanto a clarificar este elemento clave de la Protección Subsidiaria, evitando que su interpretación sea de tal rigidez que transforme la concesión del estatuto de Protección Subsidiaria en un acto más bien de generosidad o humanitario por parte de los Estados miembros que a una obligación internacional de ineludible cumplimiento. A la vez, mediante esta interpretación, el TJCE manda una señal clara a los Estados miembros reprendiendo su interpretación excesivamente restrictiva de la concesión de la Protección Subsidiaria. Estos últimos deben, por tanto, asumir las obligaciones a las que se han comprometido, sobre todo en esferas donde están en juego derechos humanos de naturaleza no derogables como aquellos en los que se centra el asunto *Elgafaji*³⁵.

Sin lugar a dudas, la interpretación del apartado c) del artículo 15 Directiva de Reconocimiento por el TJCE conlleva el reforzamiento de la Protección Subsidiaria como una nueva figura de protección internacional en el Derecho de la UE. Del mismo modo, se logra perfilarlo como un mecanismo autónomo para suplir las insuficiencias del régimen ordinario de protección de los refugiados, cuyos criterios de accesibilidad son más rígidos de cumplir. Mediante esta nueva forma de protección, se tiene en cuenta situaciones no cubiertas —especialmente en los conflictos armados— por los instrumentos internacionales y de la UE pero que presentan riesgos de igual gravedad en cuanto al resultado que los que dan lugar a la protección como Refugiado en el sentido estricto. Más allá de esa clarificación jurisprudencial, la reforma del TUE por Lisboa introduce respecto del nuevo Tratado unos inéditos epígrafes b), d), f) y g) en el artículo 78.2 TFUE

³⁴ Ver, INTERNATIONAL ASSOCIATION OF REFUGEE LAW JUDGES, «Convention refugees status and subsidiary protection working party: First Report» IARLJ 7th World Conference, Mexico City, November 2006, p. 3, accessible en www.iarlj.org; MCADAM, J., «The European Union Qualification Directive:...», *loc. cit.*, p. 474.

que apuntan a una clara autonomía de la Protección Subsidiaria, especificando su base jurídica y precisando que mediante procedimiento legislativo ordinario se podrán adoptar medidas para crear un sistema europeo común de asilo.

No obstante, y a pesar del gran acierto en el razonamiento del TJCE que conduce a excluir la exigencia de una afectación específica en caso de violencia indiscriminada, el Tribunal pierde la ocasión de precisar algunos elementos decisivos en la comprensión del artículo 15 c) de la Directiva de Reconocimiento, concretamente el alcance de «violencia grave» en un conflicto armado interno e internacional. Esa omisión puede dar lugar a interpretaciones divergentes y perjudiciales para el proyecto de garantizar una protección efectiva a esas personas que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que sí en cambio necesitan protección internacional. De cualquier modo, y como conclusión final, la labor interpretadora del TJCE representa, a todas luces, un mecanismo idóneo para ir creando de forma progresiva un espacio europeo de protección de derechos fundamentales, y en sintonía con el TEDH. Y es en este espacio donde las personas, con independencia de su origen o situación, deben poder disfrutar de los derechos esenciales de cualquier ser humano³⁶.

³⁵ De hecho, la normativa holandesa que incorpora a su Ordenamiento Jurídico el artículo 15 c) de la Directiva, no ha entrado en vigor hasta el 25 de abril de 2008 (STJCE *Elgafaji cit.*, apartado 16). Sobre los problemas acaecidos en los Estados miembros para la incorporación de la Directiva de Reconocimiento, ver, ZWAAN, K. (Coord.), *The Procedures Directive: central themes, problem issues, and implementation in selected member states*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008. En el caso español, el TJCE lo ha condenado por la no transposición en plazo de dicha Directiva. Ver, Sentencia del TJCE, de 09.07.2009, *Comisión c. España*, C-272/08, aún no publicada en la Recopilación (la demanda publicada en *DOUE*, C 209, de 15.08.2008, p. 35).

³⁶ Así, la Comisión acaba de presentar una propuesta de modificación por la cual se pretende eliminar las diferencias existentes en el nivel de derechos otorgados a los refugiados y a los beneficiarios de protección subsidiaria, que ya no pueden considerarse justificadas. Las modificaciones se refieren a la duración de los permisos de residencia y al acceso a la protección social, la atención sanitaria y el mercado de trabajo. Ver, Doc. COM (2009) 551 Final, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional y al contenido de la protección concedida (refundición)», 21.10.2009.

TJCE - SENTENCIA DE 17.02.2009, *ELGAFAJI c. STAATSECRETARIS VAN JUSTITIE* - C-465/07 - POLITICA EUROPEA DE ASILO Y REFUGIO - ARTICULO 3 CEDH - PROTECCION SUBSIDIARIA - AMENAZAS GRAVES E INDIVIDUALES CONTRA LA VIDA O LA INTEGRIDAD FISICA DE UN CIVIL MOTIVADAS POR UNA VIOLENCIA INDISCRIMINADA EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO - PRUEBA

RESUMEN: En esta Sentencia, el TJCE considera que la protección subsidiaria prevista en el artículo 15 c) de la Directiva 2004/83/CE, representa una medida protectora más allá de la recogida en el artículo 3 del CEDH, por lo que su interpretación debe realizarse de forma autónoma desde el Derecho comunitario. Además, añade que las situaciones de violencia indiscriminada, como las acaecidas con ocasión de un conflicto armado interno o internacional, no requieren la prueba de afección personal de amenazas graves e individuales del solicitante de protección subsidiaria. Finalmente, debe presumirse la existencia de tales amenazas cuando la violencia indiscriminada es de tal envergadura que una persona expulsada al país o región en cuestión, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir tales amenazas por su mera presencia en el territorio.

PALABRAS CLAVE: política de asilo; protección subsidiaria; amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física; violencia indiscriminada; afección por condiciones personales.

ECJ - JUDGMENT of 17.02.2009, *ELGAFAJI vs STAATSECRETARIS VAN JUSTITIE* - C-465/07 - EUROPEAN ASYLUM AND REFUGEE POLICY - ARTICLE 3 ECHR - SUBSIDIARY PROTECTION - SERIOUS AND INDIVIDUAL THREAT TO A CIVILIAN'S LIFE OR PERSON BY REASON OF INDISCRIMINATE VIOLENCE IN SITUATIONS OF ARMED CONFLICT - PROOF

ABSTRACT: In this Judgment, the ECJ considers subsidiary protection as outlined in Article 15 c) of the Regulation 2004/83/EC, to represent a protective measure that goes beyond that of Article 3 from the ECHR, principally because its interpretation should be done autonomously by Community Law. Additionally, this ruling adds that situations of indiscriminate violence, like those which happen occasionally in an internal or international armed conflict, do not require proof of a serious or individual personal threat to the applicant of subsidiary protection. Finally, the existence of such threats should be presumed when indiscriminate violence is of such a magnitude that the person expelled to the country or region in question faces the risk of suffering from such threats simply by his presence in the territory.

KEY WORDS: Political asylum, subsidiary protection, serious and individual threat to a civilian's life or person; indiscriminate violence; harm because of personal conditions.

CJCE - ARRÊT DU 17.02.2009, *ELGAFAJI c. STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE* - C-465/07 - POLITIQUE EUROPÉENNE D'ASILE ET REFUGE - ARTICLE 3 CEDH - PROTECTION SUBSIDIAIRE - MENACES GRAVES ET INDIVIDUELLES CONTRE LA VIE OU LA PERSONNE D'UN CIVIL EN RAISON D'UNE LA VIOLENCE AVEUGLE EN CAS DE CONFLIT ARMÉ - PREUVE

RÉSUMÉ: Dans l'arrêt examiné, la CJCE considère que la protection subsidiaire prévue à l'article 15 c) de la Directive 2004/83/CE, représente une mesure de protection qui dépasse le cadre de celle conférée par l'article 3 CEDH; pour autant, l'interprétation qui en est faite doit être réalisée de manière autonome en Droit Communautaire. De plus, la CJCE considère que les situations de violence indiscriminée liées à un conflit armé interne ou international, n'exigent pas la démonstration que le demandeur de protection subsidiaire est affecté personnellement par les menaces graves et individuelles. Enfin, ces menaces sont présumées exister quand la situation de violence indiscriminée est de telle envergure que le rapatriement dans le pays ou la région en question de la personne lui ferait courir le risque réel de subir ces menaces par le simple fait de sa présence dans le territoire.

MOTS CLÉS: Politique d'asile; protection subsidiaire; menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil ; violence indiscriminée; affectation en raison de circonstances individuelles.

