

VNIVERSITAT  VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO



DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
CIENCIA POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN

TESIS DOCTORAL

Modalidad DOCTORADO INTERNACIONAL

EN DERECHO

DERECHO CONSTITUCIONAL

***Refugio y asilo
por motivos de orientación sexual
y/o identidad de género en el
ordenamiento constitucional español***

presentada por el DOCTORANDO

José Díaz Lafuente y

dirigida por el Prof. Dr. Luis Jimena Quesada

Valencia, junio 2014

ÍNDICE

	Pág.
Abreviaturas.....	11
Introducción.....	13
Introduction.....	21
PRIMERA PARTE	
ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ACERVO NORMATIVO INTERNACIONAL	
CAPÍTULO I. EL TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS DIFERENTES REGIONES DEL MUNDO.....	31
1. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Europa.....	31
1.1) Apuntes sobre la sexualidad y el género en la Antigüedad Clásica.....	31
1.2) El cristianismo y la penalización de la homosexualidad en Europa.....	34
1.3) Los principales procesos de despenalización de la homosexualidad en Europa.....	39
1.3.a) Los procesos de despenalización bajo influencia del Código Napoleónico.....	39
1.3.b) La despenalización de la homosexualidad en el Reino Unido.....	40
1.3.c) La despenalización de la homosexualidad en Alemania.....	42
1.3.d) Los procesos de despenalización en la Europa oriental.....	44
1.4) Los últimos avances frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa.....	46
1.5) La homofobia, la bifobia y la transfobia en la sociedad europea del s.XXI.....	47
1.5.a) La homofobia y la transfobia en los ámbitos laboral, sanitario y educativo.....	48
1.5.b) El auge de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Federación de Rusia.....	51
1.5.c) Las leyes contra la “propaganda de la homosexualidad” en Ucrania, Hungría, Moldavia, Lituania y Letonia.....	55
1.5.d) La orientación sexual y de la identidad de género en la República Turca.....	58
2. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en África.....	60
2.1. La criminalización de la homosexualidad en África.....	60
2.2. Los principales factores de la homofobia y de la transfobia en África.....	64
3. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en los países árabes.....	67
3.1. Apuntes sobre la diversidad sexual y de género en las sociedades árabes.....	67
3.2. El tratamiento jurídico de la orientación sexual y de la identidad de género en los países árabes.....	70
3.3. La actual homofobia, bifobia y transfobia sufrida en los países árabes.....	74

4. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Asia.....	77
4.1. Los países asiáticos más avanzados en el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas LGBTI.....	77
4.2. India y la presencia del Código Penal indio en el resto de las antiguas colonias británicas en Asia.....	79
4.3. La orientación sexual y de la identidad de género en Asia oriental.....	81
5. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Norteamérica	82
5.1. La orientación sexual y la identidad de género en Canadá.....	82
5.2. La orientación sexual y la identidad de género en los Estados Unidos de América.....	84
5.3. La orientación sexual y la identidad de género en México.....	86
6. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Centroamérica y Sudamérica	89
6.1. La penalización de la homosexualidad en Centroamérica.....	89
6.2. El reconocimiento y la protección de los derechos de las personas LGBTI en Sudamérica.....	81
CAPÍTULO II. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	93
1. La sexualidad y los derechos humanos.....	93
1.1. El reconocimiento de la sexualidad como elemento de la personalidad en el ámbito de los derechos humanos.....	93
1.2. Las normas internacionales jurídicamente no vinculantes sobre los derechos sexuales.....	97
1.3. El trabajo de las Naciones en el reconocimiento y la protección de los derechos sexuales.....	103
2. Los derechos humanos de las personas LGBTI y las obligaciones de los Estados de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos.....	108
2.1. El proceso de reconocimiento normativo de los derechos humanos de las personas LGBTI.....	108
2.2. Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género.....	115
2.2.a) La protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas LGBTI.....	115
2.2.b) La despenalización de la homosexualidad y la prohibición de privaciones arbitrarias de libertad.....	120
2.2.c) La obligación de prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por razón de la orientación sexual o la identidad de género.....	126
2.2.d) La obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión de forma no discriminatoria.....	129
2.2.e) La obligación de proteger a las personas frente a la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género.....	134
2.2.f) Especial atención al derecho a la educación sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y a la situación de las personas LGBTI menores de edad.....	144

CAPITULO III. EL DERECHO DE ASILO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO..... 151

1. El derecho de asilo desde una perspectiva histórico-jurídica..... 151

2. La protección internacional de las personas refugiadas desde la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados..... 161

2.1. El mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados..... 161

2.2. Apuntes sobre la protección internacional de las personas refugiadas a lo largo del s.XX..... 163

2.3. Elementos principales de la protección internacional de las personas refugiadas en el s.XXI..... 167

3. El Derecho internacional de los refugiados. Análisis de las fuentes, elementos sustantivos y contenido del estatuto de refugiado..... 169

3.1. Las fuentes del Derecho internacional de los refugiados..... 169

3.2. La definición de refugiado en el Derecho internacional de los refugiados..... 177

3.3. Análisis sustantivo de los elementos de la protección internacional..... 180

3.3.a) Análisis de los elementos de inclusión del estatuto de refugiado..... 181

3.3.b) Análisis de los elementos de exclusión y de cesación del estatuto de refugiado..... 188

3.4. El contenido del estatuto de refugiado de acuerdo con el Derecho internacional de los refugiados..... 192

4. La interrelación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los refugiados..... 196

CAPÍTULO IV. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO..... 204

1. La naturaleza jurídica del derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género..... 204

2. La evolución de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género..... 212

3. Los elementos definitorios de la orientación sexual y de la identidad de género a efectos del derecho de asilo..... 215

4. El reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género en los motivos de persecución de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados..... 222

4.1. La orientación sexual y la identidad de género como características de pertenencia a un grupo social determinado..... 223

4.2. El reconocimiento de los motivos de orientación sexual e identidad de género a través de otras causas establecidas por el art.1.A.2) de la Convención de 1951..... 230

5. Elementos constitutivos de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género..... 232

5.1. La naturaleza de los actos constitutivos de persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género..... 233

5.2.	El elemento de la falta de protección interna en el país de origen. Los efectos de la penalización de los actos sexuales consentidos mantenidos entre personas del mismo sexo como constitutivos de persecución.....	239
5.3.	Los requisitos de la alternativa de huida interna y de discreción para el reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.....	242
6.	Cuestiones procesales sobre el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.....	247

SEGUNDA PARTE

ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO EUROPEO

CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA.....	255
1. El reconocimiento jurídico de la identidad de género y de la orientación sexual en la Unión Europea.....	255
1.1. El reconocimiento jurídico de la identidad de género en la Unión Europea.....	255
1.2. El reconocimiento jurídico de la orientación sexual en la Unión Europea.....	260
2. El trabajo de las Instituciones de la Unión Europea en la protección de los derechos de las personas LGBTI.....	264
2.1. La labor de la Comisión en la protección de los derechos de las personas LGBTI.....	264
2.2. El papel del Parlamento Europeo en la protección de los derechos de las personas LGBTI.....	268
2.3. La labor de la Agencia de los Derechos Fundamentales en materia de orientación sexual e identidad de género.....	272
2.4. El trabajo del Consejo en la protección de los derechos de las personas LGBTI.....	278
3. El reconocimiento y el desarrollo normativo del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el Derecho de la Unión Europea.....	280
3.1. La doble protección jurídica del Tratado de Lisboa.....	280
3.2. La Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación	285
3.3. La regulación normativa del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género fuera del contexto laboral.....	290
4. El papel de la Unión Europea en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI.....	291

CAPITULO VI. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA.....	299
1. Análisis del Sistema Europeo Común de Asilo.....	299
1.1. Elementos configuradores de la política europea de asilo.....	299
1.2. Fuentes del Sistema Europeo Común de Asilo.....	303
2. El reconocimiento del estatuto de refugiado y la concesión de la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género de acuerdo con la Directiva 2011/95/EU de Reconocimiento.....	306
2.1. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el motivo de pertenencia a un grupo social determinado.....	308
2.2. La naturaleza de los actos constitutivos de la persecución. Especial referencia al requisito de alternativa de huida interna.....	312
2.3. Criterios para valorar la credibilidad del relato del solicitante	316
2.4. Derecho de unidad familiar en los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	318
2.5. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	321
3. Las garantías de procedimiento para la concesión de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género establecidas Directiva 2013/32/UE de Procedimiento.....	322
4. Las garantías exigidas para la acogida de los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Directiva 2013/33/UE de Acogida.....	327
5. Las principales divergencias existentes en el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de las personas LGBTI entre los Estados miembros de la Unión Europea	329
5.1. Las divergencias existentes sobre los efectos de la penalización de los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo para la constitución del acto de persecución.....	329
5.2. Las divergencias existentes en los procedimientos para acreditar la credibilidad del relato del solicitante de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	332
5.3. Las divergencias existentes en las condiciones de acogida prestadas a los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.....	336
6. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Análisis de la sentencia de 7 de noviembre de 2013 en materia protección internacional por motivo de la orientación sexual.....	337
 CAPÍTULO VII. EI DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE EUROPA.....	 342
1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el reconocimiento del principio de no discriminación.....	 342

2. El trabajo de las Instituciones del Consejo de Europa en la promoción y protección internacional de las personas LGBTI.....	343
2.1. La labor del Comité de Ministros en la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI. Especial atención a la Recomendación (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	343
2.2. El papel de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en materia de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	347
2.3. El trabajo del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en materia de promoción y protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.....	350
3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	355
4. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y la protección de los derechos sociales de los refugiados y solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	359

TERCERA PARTE

ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

CAPÍTULO VIII. EL DERECHO DE ASILO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	367
1. La evolución histórica del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico español.....	367
2. La configuración constitucional del derecho de asilo.....	371
3. Los antecedentes legislativos de la actual legislación del derecho de asilo.....	373
3.1. La Ley 5/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado	373
3.2. La reforma de la Ley 9/1994, de 19 de mayo.....	375
4. La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	379
4.1 Los motivos de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	379
4.2 La regulación de los elementos constitutivos del derecho a la protección internacional en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	381
4.2.a) Los elementos constitutivos del derecho de asilo.....	382
4.2.b) Los elementos constitutivos de la protección subsidiaria.....	386
4.3. El contenido jurídico esencial del derecho a la protección internacional.....	388
4.4. La cuestión de la exclusión de los ciudadanos comunitarios del ámbito de aplicación de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	392
4.5. La regulación de los agentes de persecución y de protección en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	395
4.6. La regulación del procedimiento de la protección internacional regulado en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	397

4.6.a) La solicitud de protección internacional en territorio. Análisis de las causas de inadmisión de la solicitud.....	398
4.6.b) La solicitud de protección internacional en Embajadas y Consulados.....	400
4.6.c) La solicitud de protección internacional en la frontera.....	402
4.6.d) La solicitud de protección internacional en los CIES.....	403
4.6.e) La modalidad de trámite urgente.....	403
4.7. La revocación y el cese de la protección internacional.....	404
4. Principales elementos de la política española de asilo a la luz de los datos estadísticos del Ministerio del Interior, de la Agencia Europea EURSOTAT y de los informes de CEAR.....	406
CAPÍTULO IX. EL RECONOCIMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	413
1. El tratamiento de la orientación sexual y a la identidad de género en la Historia de nuestro ordenamiento jurídico.....	413
2. El derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Constitución Española de 1978.....	419
2.1. La igualdad formal y el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	420
2.2. La igualdad material frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	429
2.3. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas como fundamentos de la protección jurídico-constitucional de las personas LGBTI.....	430
3. El desarrollo normativo del derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	433
3.1. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito penal.....	433
3.2. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito civil.....	435
3.3. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito laboral.....	441
CAPÍTULO X. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	444
1. Los motivos del reconocimiento legal del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	444
2. Los elementos esenciales del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	449
2.1. La orientación sexual y la identidad de género como características constitutivas de un determinado grupo social.....	449
2.2. La naturaleza de los actos constitutivos de persecución.....	453
2.3. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	454
2.4. La cuestión de los agentes de persecución o causantes de daños graves en los casos de persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	458
2.5. Particularidades del contenido jurídico de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	461

3. Las principales características de la regulación del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Ley 12/2009, de 30 de octubre.....	464
4. Los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial española sobre la aplicación del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	467
4.1. El requisito del análisis casuístico de la solicitud de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	468
4.2. Los criterios para la estimación del elemento objetivo: el acto de persecución.....	469
4.3. El requisito de verisimilitud del relato para la admisión a trámite de las solicitudes de asilo.....	473
4.4. El principio jurisprudencial de indicios suficientes para la prueba del relato.....	476
5. Las medidas específicas para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género respecto a las garantías del procedimiento y las condiciones de acogida y detención.....	479
5.1. Medidas para garantizar la transversalidad de las cuestiones de género y de la diversidad sexual en el desarrollo de las competencias de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior.....	481
5.2. Medidas específicas en el registro de solicitudes y en la identificación de los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	484
5.3. Medidas específicas en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Internamiento de Extranjeros en relación con la orientación sexual y la identidad de género de los acogidos y detenidos.....	486
5.4. Medidas específicas para la realización de la entrevista a los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.....	490
5.5. Medidas de formación al personal integrante del procedimiento de asilo sobre cuestiones de género y de diversidad sexual.....	493
Conclusiones.....	495
Conclusions.....	509
Anexo bibliográfico.....	521

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CAR	Centro de Acogida de Refugiados
CAT (en inglés)	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDN	Comité de los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEAR	Comisión de Ayuda al Refugiado
CEDAW (en inglés)	Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres
CERD (en inglés)	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
CIPD	Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo
CLADEM	Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres
	Convención DN Convención sobre los Derechos del Niño
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos,
EPU	Examen Periódico Universal
HRW (en inglés)	Human Rights Watch
ICHRP (en inglés)	Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos
IPPF (en inglés)	Federación Internacional para la Planificación Familiar
IRRRAG (en inglés)	Grupo Internacional de Investigación-Acción por los Derechos Reproductivos
LGBTI	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales
NACO	Organización Nacional para el Control del SIDA

OAR	Oficina de Asilo y Refugio. Ministerio del Interior. Gobierno de España
OEA	Organización de los Estados Americanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SDSR	Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos
SOGI (en inglés)	Orientación Sexual e identidad de Género
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
VBG	Violencia Basada Género
VIH/SIDA	Virus de la Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

INTRODUCCIÓN

En todas las regiones del mundo, en mayor o menor grado, las personas LGBTI son perseguidas, excluidas, estigmatizadas y discriminadas por el mero hecho de ser, de sentir y de expresar libremente su sexualidad y su género, al suponer una amenaza contra los valores del patriarcado, la consecuente configuración jerárquica y binaria del género y la estricta conformación heteronormativa de las relaciones afectivo-sexuales. Muchas de estas personas perseguidas deben abandonar sus seres queridos, sus hogares y sus países de origen, enfrentándose a una huida hacia la protección, la libertad y la supervivencia.

A lo largo del siglo XX el derecho de asilo se ha ido integrando en el discurso normativo de los derechos humanos para ofrecer a los perseguidos por motivos raciales, religiosos, políticos y étnicos la titularidad del derecho al reconocimiento del estatuto de refugiado. De acuerdo con una aplicación e interpretación evolutivas de la norma en función de la realidad social, en los últimos años, la normativa internacional, europea y nacional han extendido el ámbito subjetivo del “derecho a tener derechos”, tal como lo concibió la pensadora Arendt¹, para reconocer el ejercicio del mismo a aquellas personas que son perseguidas por su orientación sexual y/o identidad de género.

El presente trabajo, cuyo fin consiste en profundizar en la efectividad y vigencia del derecho de asilo en el ordenamiento español por los motivos más novedosos en cuanto menos analizados y, en cambio, merecedores de una protección más acentuada², se asienta lógicamente en la utilización de una metodología jurídico-constitucional. La actualidad de la temática, adquiere tintes más intensos con sólo reparar en el carácter reciente de una normativa (tanto nacional como supranacional) que desgraciadamente ha tardado en

¹ ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism*. New York, Harcourt Books, 1994. p. 292

² Desde luego, el modo reprochable en que el Derecho se ha perfilado “circunscripto” con respecto a la no discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género constituye correlativamente un elemento determinante para hallar solución a los retos que presentan los flujos migratorios motivados específicamente por graves conflictos que generan persecución; esta línea de razonamiento cabe encuadrarla en el trabajo de SOLER SÁNCHEZ, M. “Las limitaciones del Derecho como Solución a los nuevos Retos de las Migraciones”, in *Sociedad civil e inmigración* (coord. Vicente Garrido Mayol), Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003, págs. 193-198.

adaptarse a una realidad nacional y supranacional acuciante que entronca de lleno con el núcleo axiológico de la Constitución española, esto es, su artículo 10, tanto en clave de dignidad inherente a todo ser humano (apartado 1) como en términos de necesaria consideración (en la temática investigada como en ninguna otra) del insoslayable vector de extranjería y de internacionalización (apartado 2).

En efecto, se trata de acometer especialmente el modo en que es aprehendido en el sistema jurídico español el estatuto de la protección internacional (especialmente asilo y refugio) por motivos de orientación sexual y/o identidad de género con parámetros actuales, esto es, en el escenario de la presente crisis económica mundial y en el marco de las tendencias actuales del Derecho constitucional, acudiendo a las principales categorías dogmáticas jurídico-constitucionales (especialmente, los derechos fundamentales, la sinergia entre las fuentes nacionales e internacionales sobre derechos humanos, o el papel que desempeñan los diferentes poderes públicos nacionales y actores internacionales en la defensa de tales derechos, entre otras).

Por añadidura, la temática elegida no sólo propicia profundizar internamente en la efectividad de los derechos fundamentales dando a conocer el estatuto de persona refugiada o asilada o merecedora de otra protección internacional sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género a través del análisis de los grandes bloques del Derecho constitucional (derechos fundamentales, sistema de fuentes, organización de los poderes de Estado – tanto en el plano estatal como desde la perspectiva del reparto territorial de competencias), sino que da pie para aproximarse a elementos de Derecho comparado (naturalmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los 28 países de la UE, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales con respecto a los 47 países del Consejo de Europa facilita esa operación comparada) y, al tiempo, propicia un enfoque transnacional que apuesta por un acervo común en Europa tendente a superar el déficit de concertación socio-económica internacional provocado por la crisis. Todo ello con el ingrediente añadido de escrutar las posibilidades de aproximación entre visiones europeas (la del Consejo de Europa y la de la Unión Europea) que a veces marchan a

velocidades sociales diversas en el concierto mundial, señaladamente en tiempos de crisis económica; por lo que el reto del constitucionalista al asumir esa potencial o real confrontación resulta de una envergadura nada desdeñable.

En este sentido, desde la perspectiva metodológica, se tendrá presente tanto lo que se ha venido a denominar el método constitucional comparado u horizontal como lo que se ha dado en llamar asimismo el método constitucional supranacional o vertical³. En el caso del primero, no se pretenderá introducir una mera yuxtaposición de los ordenamientos de los distintos países (y, especialmente, de los que integran la UE), sino confrontar y extraer aspectos comunes susceptibles de ser utilizados en favor de una mayor integración supranacional entre ellos en materia asilo y refugio⁴. En lo atinente al segundo método, en temáticas como la elegida resulta ineludible hacerse eco de las cláusulas constitucionales de apertura al conocido como “Derecho internacional de los derechos humanos”, en el marco de un movimiento ineludible de *internacionalización del Derecho constitucional*⁵ o, correlativamente, de *constitucionalización del Derecho internacional*⁶.

Además, el presente trabajo incorpora de forma transversal el enfoque de género, partiendo del cuestionamiento del mismo como construcción social

³ Vlad Constantinesco diferencia dos métodos: “ El primero, es el tema “horizontal”: ¿de la confrontación y de la comparación entre las constituciones europeas -¡y ahora ya no se trata solamente de una docena de constituciones, sino de una treintena!- puede nacer un modelo constitucional europeo?. El segundo es el tema “vertical”: un cierto número de instrumentos internacionales y de organizaciones internacionales desarrollan, en su crecimiento, influencias (que a veces se convierten en interacciones) sobre las constituciones nacionales hasta el punto de querer rivalizar con ellas poniendo término a lo que podría denominarse la exclusividad constitucional de los Estados.” CONSTANTINESCO, V. “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?” *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº8. Universidad de Valencia, 1994, p. 9.

² Esa utilidad del método comparado, más allá de la mera yuxtaposición de ordenamientos, es subrayada por LANCHESTER, F.: “El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, Universidad de Valencia, 1993, pp. 5-35.

⁵ Semejante enfoque en FLAUSS, Jean-François: “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

⁶ Así lo entiende ESCOBAR ROCA, Guillermo: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p. 145: “desde el ámbito de los Estados es todavía mucho lo que queda por hacer para reforzar la vinculación de los textos internacionales, todo ello en la línea de la necesaria *constitucionalización del Derecho internacional*: por ejemplo, abriendo vías de apertura del catálogo de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos”.

sustentada sobre valores históricos, culturales y religiosos que establece unos roles sociales y una relaciones entre ellos en función de la biología de la persona. La teoría de la sexualidad y el poder, de FOUCAULT⁷ y, en particular, los estudios de género de BUTLER⁸, que conciben la orientación y la identidad sexual o de género en el ser humano como construcciones derivadas sociales, son integradas en el presente estudio. De este modo, para el análisis crítico del tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género se hace uso de la teoría del constructivismo social, haciendo visibles las diferentes formas en que se organizan y priorizan las conductas, identidades y relaciones sexuales en distintas partes del mundo. Esta perspectiva teórica nos ayuda a dejar de pensar la sexualidad como algo circunscripto a los cuerpos para pensarla en términos de poder y del alcance de las ideas como constitutivas de la sexualidad y por ende como objetivo central del trabajo por los derechos sexuales para reivindicar la justicia sexual y para avanzar en el reconocimiento de los derechos sexuales mediante la perspectiva del empoderamiento individual y de la ciudadanía sexual⁹.

En esta misma línea, el objeto de análisis se aborda, además, desde la teoría del enfoque basado en los derechos humanos, concibiéndose el derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o de identidad de género, no como la solución última o como un instrumento aislado frente a la lucha contra la homofobia, la bifobia y la transfobia existentes en todas las regiones del mundo, sino como un derecho humano integrado de forma coherente en un marco de justicia más amplio cuyo principal objetivo es la aplicación efectiva, universal y no discriminatoria de los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional, regional y nacional.

Por otra parte, no resulta desdeñable apuntar que la temática presentada comporta, como ninguna otra, afrontar los pilares dogmáticos básicos en materia de derechos fundamentales, puesto que el derecho de asilo por los

⁷ Véase FOUCAULT, M. *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction*. United States: Random House. 1978. *The History of Sexuality, Volume 2: The Use of Pleasure*. United States: Random House. 1985. *The History of Sexuality, Volume 3: The Care of the Self*. United States: Random House. 1986

⁸ Véase BUTLER, J. *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, Londres. 1990. *Una antología de estudios queer*. Icaria, Barcelona, 2002

⁹ CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS. *Sexualidad y Derechos Humanos*, 2010. p. 5

motivos analizados no únicamente implica acometer la defensa de un derecho fundamental al tiempo sustancial e instrumental (por su conexión directa con la defensa de otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o la libertad) como es el asilo, sino asimismo replantear la vigencia real de los propios valores superiores del ordenamiento jurídico consignados en la disposición que sirve de pórtico a la Constitución española (artículo 1.1), especialmente la libertad, la igualdad y la justicia, sin olvidar la solidaridad.

Debe precisarse, en este sentido, que el enfoque constitucionalista se ve nutrido, en cuanto al uso de las fuentes, por las bibliográficas o doctrinales (un lugar nada despreciable ocupa la doctrina extranjera, dada la parca atención que ha recibido en el panorama bibliográfico español la temática abordada), las normativas (nacionales e internacionales y, en este segundo caso, no sólo obligatorias, sino asimismo programáticas o de “soft-law”, a tenor del continuo proceso de emergencia de normas europeas y universales en la materia) y las jurisprudenciales (a este respecto, no sólo la jurisprudencia nacional y extranjera ordinaria y constitucional, sino sobre todo la jurisprudencia europea emanada, especialmente, del TJUE, del TEDH y del CEDS). En suma, es evidente que ese apoyo en las fuentes mencionadas no dejará de tener en cuenta la realidad de la protección del asilo y refugio en el panorama de crisis actual, sin caer en un enfoque meramente sociológico, sino eminentemente jurídico-constitucional, que ciertamente toma en consideración la interdependencia entre la norma jurídica y la realidad fáctica¹⁰.

De este modo, el estudio de las fuentes normativas y doctrinales se complementa con un amplio trabajo de campo. En esta línea, destacan las reuniones mantenidas con los principales operadores jurídicos de la práctica del asilo en España, las visitas a los centros de acogida y a los de internamiento de extranjeros, así como las entrevistas realizadas a los solicitantes de asilo y beneficiarios de la protección internacional por sufrir

¹⁰ GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 102: “La explicación de las cuestiones constitucionales ha de ser una explicación jurídica, lo cual no es óbice para emplear conocimientos auxiliares procedentes de otras disciplinas científicas afines y no necesariamente jurídicas, en especial, los conocimientos políticos, filosóficos, sociológicos y económicos, procurando, eso sí, una información selectiva. [...] si bien el Derecho Constitucional no puede prescindir del aspecto total de la Constitución, ha de hacerlo sub especie iuris, es decir, los aspectos extrajurídicos le interesan en la medida en que, en virtud de esas conexiones necesarias que hacen de la Constitución una totalidad, sean interesantes para el aspecto jurídico de la Constitución”.

persecución en su países de origen por su orientación sexual o por su identidad de género. En este sentido, requiere especial mención las misiones realizadas en países como Marruecos, Egipto, Senegal, Etiopía, Jordania, Turquía, Brasil y Argentina, en calidad de técnico en proyectos de cooperación internacional, que me han permitido vivir y conocer en primera persona la realidad de las personas LGBTI en las diferentes regiones del mundo.

Por todo ello, en suma, estos apuntes metodológicos deben verse guiados igualmente, como indisociables de la apuesta metodológica-científica, por un imperativo metodológico-deontológico de compromiso humano e “ideológico” en cierto sentido¹¹ de cualquier jurista constitucionalista estudioso de los derechos humanos. Se introduce así, cabalmente, un enfoque garantista, lo cual es coherente con la idea según la cual los derechos valen tanto como sus garantías.

En coherencia con la metodología expuesta, se estructura la tesis doctoral en tres partes y diez capítulos. En los cuatro primeros capítulos, integrantes de la primera parte, se estudia el derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en el acervo normativo internacional. Para ello, en el primer capítulo, se introduce el análisis del tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y/o identidad de género en las diferentes regiones del mundo para poner de relieve el elevado grado de persecución y discriminación al que se enfrentan las personas LGBTI. De este modo, se analizan los factores históricos, sociales, culturales y religiosos y su traslación a los diferentes sistemas normativos punitivos y discriminatorios de la sexualidad y del género.

En el segundo capítulo, se aborda la temática de los derechos de la sexualidad para estudiar la naturaleza de los derechos ligados a los discursos sobre la sexualidad y el contenido de las obligaciones de los Estados en función de las responsabilidades adquiridas en el Derecho internacional público para proteger y ofrecer garantías a la diversidad de conductas sexuales y de género existentes. Especial atención se ofrece al reconocimiento del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el Derecho internacional de los derechos humanos.

¹¹ Con tal enfoque, léase GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Los derechos humanos como ideología”, Revista *Derecho*, nº 36, Lima (Perú), diciembre de 1982.

A continuación, en el capítulo tercero se estudia el reconocimiento internacional del derecho humano de asilo. Para ello, se profundiza en los orígenes histórico-jurídicos del asilo y en la configuración de la naturaleza jurídica de este derecho. Además, se presenta el análisis de las fuentes, los elementos sustantivos y el contenido del estatuto de refugiado de acuerdo con la normativa internacional así como la interrelación del derecho de asilo con el desarrollo normativo de los derechos humanos.

Seguidamente, en el cuarto capítulo se presenta el derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el acervo normativo internacional. De este modo, se aborda la evolución del derecho a la protección internacional por tales motivos, los elementos definitorios de la orientación sexual y de la identidad de género a efectos del derecho de asilo, los elementos constitutivos de este derecho y el análisis de las cuestiones procesales desde una óptica *iusinternacionalista*.

Los sucesivos capítulos quinto, sexto y séptimo, integrantes de la segunda parte, se ocupan del estudio de este derecho desde el análisis crítico de las fuentes normativas y doctrinales europeas. En el capítulo quinto se introduce el reconocimiento jurídico de la identidad de género y de la orientación sexual en la Unión Europea, el desarrollo normativo del principio de no discriminación por tales motivos en el Derecho comunitario y el trabajo de las Instituciones de la Unión Europea en la protección y promoción internacional de los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

Por su parte, en el capítulo sexto se aborda de forma específica la normativa comunitaria sobre el derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género desde el análisis crítico del Sistema Europeo Común de Asilo y las directivas sobre el reconocimiento del estatuto de refugiado y la concesión de la protección subsidiaria, las garantías del procedimiento y las garantías para la acogida de los solicitantes. Especial estudio se ofrece a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la reciente sentencia de 7 de noviembre de 2013 sobre el objeto del presente trabajo.

A continuación, en el capítulo séptimo se presenta el análisis de la normativa del Consejo de Europa, en especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del reconocimiento en el mismo del principio de no discriminación, así como el trabajo de las Instituciones del Consejo de Europa en la promoción

y protección internacional de las personas LGBTI. Además, se introduce el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la materia.

En los tres últimos capítulos de la tercera parte, se aborda el reconocimiento y la regulación del derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento jurídico español. Para ello, en el capítulo octavo se presenta la configuración de este derecho en nuestra legislación, incorporando el análisis jurídico-histórico de la evolución normativa de este en nuestro ordenamiento y el análisis crítico de los principales elementos de la actual Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Seguidamente, en el capítulo noveno se estudia el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se parte del análisis del tratamiento de la diversidad sexual y de género en la Historia del Derecho español para profundizar en el reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de la orientación sexual y la identidad de género tanto en la Constitución Española de 1978 como en su ulterior desarrollo normativo y jurisprudencial a nivel nacional.

En el último capítulo, se presenta un análisis de las particularidades de la regulación nacional del derecho de asilo por los motivos indicados, abordándose la cuestión desde el estudio de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la jurisprudencia nacional sobre la materia. Por último, se introduce el examen de las garantías del procedimiento y las condiciones de acogida y detención y se proponen una serie de medidas para ofrecer un sistema garantista y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

La presente sistemática finaliza con un apartado para las reflexiones y conclusiones finales y con un anexo correspondiente sobre las fuentes utilizadas.

INTRODUCTION

In all regions of the world, in varying degrees, LGBTI people are persecuted, excluded, stigmatized and discriminated by the mere fact of being, feeling and freely expressing their sexuality and gender, since they constitute threat to the values of patriarchy, the resulting binary and hierarchical configuration of gender and the strict heteronormative conformation of the affective-sexual relationships. Many of these persecuted people must leave their loved ones, their homes and their countries of origin, facing a flight to protection, freedom and survival.

Throughout the twentieth century asylum has been integrated into the normative discourse of human rights to provide persecuted for racial, religious, political and ethnic causes, the entitlement of the right to recognition of refugee status. According to an evolutionary interpretation and application of the Law according to the social reality, in recent years, the international, European and national legal regulations have extended the subjective scope of the "right to have rights"¹², as conceived by ARENDT, to recognize its exercise to those who are persecuted because of their sexual orientation and / or gender identity.

This work, whose purpose is to analyze the effectiveness and validity of the right of asylum under Spanish legislation by less analyzed as newest reasons and instead, worthy of a more pronounced protection, logically sits in the use of legal-constitutional methodology. The justification of the subject becomes more intense just noticing that the recent nature of legislation (national and supranational) has unfortunately been slow to adapt to the national and supranational reality that connects squarely with the axiological core of the Spanish Constitution, that is, Article 10, regarding the dignity of every human being (paragraph 1) and in terms of necessary consideration of its internationalization (paragraph 2).

Indeed, it especially tackles the way may be apprehended in the Spanish legal system, the status of international protection (especially asylum and shelter) based on sexual orientation and / or gender identity with actual

¹² ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism*. New York, Harcourt Books, 1994. p. 292

parameters, that is, stage of the present global economic crisis and in the context of current trends in constitutional law, going to the main constitutional legal dogmatic categories (especially fundamental rights, the synergy between national and international sources on human rights and the role of different national authorities and international actors in the defense of those rights, among others).

Moreover, the topic not only fosters the effectiveness of fundamental rights by underlining the status of refugee or asylee, or other ways of international protection, without discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity through the analysis of constitutional law (fundamental rights, system fonts, organization of state powers at the state level and from the perspective of territorial division of powers), but gives rise to analyze the elements of comparative law (the Court of Justice on the 28 EU countries and the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights with regard to the 47 countries of the Council of Europe that facilitates comparative operation), and encourages a transnational approach that focuses on a common pool in Europe aimed at overcoming the shortage of international socio-economic coordination caused by the crisis. All with the added ingredient of scrutinizing the possibilities of rapprochement between European visions (the Council of Europe and the European Union) that sometimes march to different social speeds on the world stage, notably in times of economic crisis. Consequently, the constitutional challenge to take on that potential or actual confrontation is of negligible magnitude.

In this sense, from the methodological perspective, it will present both what has come to be called the constitutional comparative method or horizontal as what has been named vertical or supranational constitutional method¹³. For the first, it will not seek to introduce a juxtaposition of the laws of the different

¹³ Vlad Constantinesco difference methods: "The first theme" horizontal ": did the confrontation and the comparison between European constitutions - and now no longer just a dozen constitutions but thirty - can be born a European constitutional model?. The second is the "vertical" topic: a number of international instruments and international organizations develop, their growth, influences (sometimes become interactions) over national constitutions to the point of wanting to compete with them by terminating what might be called the constitutional exclusivity of States. CONSTANTINESCO, V. "¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?" *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº8. Universidad de Valencia, 1994, p. 9.

countries (and especially of those in the EU), but confront and extract commonalities that can be used for greater supranational integration regarding asylum policy¹⁴. As it pertains to the second method, as the chosen topic can be seen as an inescapable echo the opening to the constitutional clauses known as "international law of human rights" in the context of an unavoidable movement of internationalization of constitutional law¹⁵ or, correspondingly, constitutionalization of international law¹⁶.

In addition, this study incorporates the gender approach, questioning gender as a social construction supported on historical, cultural and religious values that establishes social roles and relations between them depending on the biology of the person. The theory of sexuality and power, from FOUCAULT¹⁷, and, in particular, gender studies from BUTLER¹⁸, who see sexual orientation and gender identity in humans as derived social constructions, are integrated in the present study. Thus, for the current critical analysis of the legal and social treatment of sexual orientation and gender identity the theory of social constructivism is used to make visible the ways in which behaviors, identities and relationships sex are organized in different parts of the world. This theoretical perspective helps us to think about sexuality in terms of power to

¹⁴ That utility of comparative method, beyond the mere juxtaposition of systems, is underscored by LANCHESTER, F.: "El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, Universidad de Valencia, 1993, pp. 5-35

¹⁵ FLAUSS, Jean-François: "L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?", en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

¹⁶ According to ESCOBAR ROCA, Guillermo: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p. 145 "from the scope of the States is still much to be done to strengthen the linkage of international texts, all in line with the necessary constitutionalization of international law: for example, opening avenues opening the catalog of the fundamental rights to human rights, fostering an integrated fundamental rights, aiming to content determinations own generous international formulations, establishing internal mechanisms implementing international resolutions or opening avenues of legal control of crimes against humanity interpretation committed outside the borders of the state itself. " (personal translation)

¹⁷ See Foucault, M. *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction*. United States: Random House. 1978 *The History of Sexuality, Volume 2. The Use of Pleasure*. United States: Random House. 1985 *The History of Sexuality, Volume 3: The Care of the Self*. United States: Random House. 1986

¹⁸ See BUTLER, J, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, London. 1990. *An anthology of queer studies*. Icaria, Barcelona, 2002

demand justice sexual and to advance for the recognition of sexual rights through the perspective of individual empowerment and sexual citizenship¹⁹.

In the same vein, the object of analysis is also presented from the theory of human rights based approach, conceiving the right to international protection based on sexual orientation and / or gender identity, not as the ultimate solution or as an isolated fight against homophobia instrument, biphobia and transphobia exist in all regions of the world, but as a human right coherently integrated into a broader framework of justice whose main objective is the effective, universal and non-discriminatory application of the fundamental rights recognized at international, regional and national levels.

Moreover, it is not insignificant to note that the issue presented involves, like no other, the basic dogmatic pillars on fundamental rights as the right to asylum for the reasons discussed not only undertaking the defense of a fundamental right to substantial and instrumental time (direct connection with the defense of fundamental rights such as life, or liberty) as asylum, but also rethinking the actual effect of the higher legal values set forth in the Spanish Constitution (Article 1.1), especially freedom, equality and justice, not to mention solidarity.

It should be clarified in this regard that the constitutional approach is nurtured by the analyses of doctrinal sources (a place occupies negligible foreign doctrine, given the sparse attention it has received in the Spanish literature overview the topics addressed), legal standards (national and international regulations and in the latter case, not only mandatory, but also programmatic or "soft-law", under emergency continuum of European and universal standards in this area) and jurisprudential (in this respect, not only ordinary domestic and foreign jurisprudence and constitutional, but especially the European jurisprudence emanating especially ECJ, ECHR and CEDS). In sum, it is clear that such support in the sources listed will not take into account the reality of asylum and refugee protection in the panorama of current crisis without falling into a purely sociological approach, but eminently legal and constitutional, which

¹⁹ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. Sexuality and Human Rights, 2010. P. 5

certainly takes into account the interdependence between legal and factual reality²⁰.

Thus, the study of normative and doctrinal sources is complemented by an extensive field work. In this line, meetings with the principal legal operators of the practice of asylum in Spain, visits to shelters and detention of foreigners, as well as interviews with asylum seekers and beneficiaries of international protection, have been carried out. In this sense, requires special mention the missions developed in countries like Morocco, Egypt, Senegal, Ethiopia, Jordan, Turkey, Brazil and Argentina, as a technical expert of international cooperation, which allowed me to live and know firsthand the reality of LGBTI people in different regions of the world.

Therefore, in sum, these methodological notes must also be guided, as inseparable from the methodological and scientific bet, for methodological and ethical imperative of human commitment and "ideological" in a sense of any constitutional jurist, scholar of human rights²¹. This fully introduces a guarantor approach, which is consistent with the idea that rights are as good as their guarantees are.

Consistently with the above methodology, the thesis is divided into three parts and ten chapters. In the first chapter it is presented the analysis of the legal and social treatment of sexual orientation and / or gender identity in different regions of the world in order to highlight the high degree of persecution and discrimination that LGBTI people face. Thus, the historical, social, cultural and religious factors and its translation into the various punitive and discriminatory regulatory systems of sexuality and gender are analyzed.

In the second chapter, the issue of the rights of sexuality is addressed to study the nature of rights related to the discourses on sexuality and the content of the obligations of States on the basis of acquired responsibilities in the acquis

²⁰ GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 102: "The explanation of the constitutional issues must be a legal explanation, which does not preclude using auxiliary knowledge from other scientific disciplines and not necessarily legal, especially, political, philosophical, sociological and economic knowledge seeking , yes, a selective information. [...] Although constitutional law can not dispense with the overall appearance of the Constitution, has to do sub species iuris, ie extra-legal aspects interested in the extent to which, under these necessary connections that make the Constitution a totality, are interesting to the legal aspect of the Constitution. " (personal translation)

²¹ See GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "Los derechos humanos como ideología", *Revista Derecho*, nº 36, Lima (Perú), december 1982.

international to protect and provide assurance to the diversity of gender and sexual behavior. Special attention is given to the recognition of the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation and / or gender identity within the international law of human rights.

Then, in the third chapter the recognition of the human right to international protection is studied. To do so, it delves into the historical and legal origins of asylum and the configuration of the legal nature of this right. Furthermore, the analysis of the sources, the substantive elements and content of refugee status in accordance with international law and the interrelations of the right to international protection to the normative development of human rights are presented.

The fourth chapter presents asylum based on sexual orientation and / or gender identity in public international law. Thus, the evolution of the right to international protection for these reasons, the defining elements of sexual orientation and gender identity for the purposes of asylum, the constituent elements of this right and the analysis of the procedural issues are addressed from a *iusinternationalist* perspective.

The following chapters fifth, sixth and seventh of the second part, deal with the study of this right from the critical analysis of the European normative and doctrinal sources. In the fifth chapter it is presented the legal recognition of gender identity and sexual orientation in the EU, the regulatory development of the principle of non-discrimination on such grounds in Community law and the work of the institutions of the European Union to provide and promote fundamental rights of LGBTI people.

In addition, in the sixth chapter it is developed a critical analysis of the EU legislation on asylum based on sexual orientation and / or gender identity, focusing on the Common European Asylum System and the directives regulating the refugee status and the subsidiary protection. Special study is provided to the cases of the Court of Justice of the European Union and the recent judgment of 7 November 2013 on this subject.

Then, the seventh chapter analyzes the rules of the Council of Europe, in particular the European Convention on Human Rights and the recognition of the principle of non-discrimination, and the work of the institutions of the Council of Europe have developed in the international promotion and protection of LGBTI

people. The study of the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights on the subject is also introduced.

In the last three chapters, in the third part, the recognition and regulation of the right to international protection based on sexual orientation and / or gender identity in the Spanish legal system is addressed. To do this, in the eighth chapter it is presented the configuration of the right to asylum in our legislation, incorporating legal and historical analysis of the evolution of its regulation in our legal system and critical analysis of the main elements of the current Law 12/2009 October 30, regulating the right of asylum and the subsidiary protection.

Then, in the ninth chapter the recognition of sexual orientation and gender identity in our legal system is studied. For this purpose, it is analyzed the treatment of sexual and gender diversity in the history of Spanish law and the recognition of the right to equality and non-discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in both Spanish Constitution of 1978 and in its subsequent legislative and jurisprudential development nationwide.

Last chapter deals with the analysis of the particularities of the national regulation of the right to international protection for such reasons, addressing the issue from the study of the Law 12/2009, of 30 October, regulating the right of asylum and subsidiary protection and national case law on the subject. Finally, examination of the procedural safeguards and conditions of reception and detention is introduced and a series of measures are proposed to provide a respectful asylum process with the guarantees and the fundamental rights of LGBTI people.

The present study ends with a section for reflections and final conclusions and a corresponding annex regarding the bibliography.

PRIMERA PARTE

ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ACERVO NORMATIVO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. EL TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS DIFERENTES REGIONES DEL MUNDO

1. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y la identidad de género en Europa

1.1. Apuntes sobre la sexualidad y el género en la Antigüedad Clásica

En las antiguas civilizaciones de Grecia y Roma, las preferencias sexuales no son entendidas como una cuestión de interés relevante para la sociedad ni constituyen un identificador social específico. En términos generales, la sexualidad no representa ni un tabú, ni un pecado, ni un delito y, por tanto, las personas no quedan condicionadas, perseguidas o estigmatizadas por su orientación sexual. Es por ello que, constituyendo las antiguas Grecia y Roma la génesis del humanismo occidental y los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico actual, destaque la profunda integración de la diversidad sexual a nivel social, filosófico y jurídico.

Escritores como Heródoto, Jenofonte y Ateneo, entre otros, relatan la aceptación con la que es tratada la homosexualidad en la Antigua Grecia. El mismo Platón defiende la homosexualidad estimando que ésta “es vista como vergonzosa por los bárbaros y por aquellos que viven bajo gobiernos despóticos, de la misma forma que la filosofía es vista como vergonzosa, porque aparentemente no es del interés de esos gobernantes tener grandes ideas engendradas en su gente, o amistades fuertes o amor apasionado, todas las cosas que la homosexualidad es especialmente apta para producir”.²²

El deseo sexual, en la antigua sociedad griega, no se centra únicamente en el sexo biológico de quienes participan, sino que se adapta también a otros parámetros marcados por las normas sociales de género, de estatus social y de edad. En consecuencia, de acuerdo con DOVER, en la concepción griega de la homosexualidad existe una marcada polarización entre los roles activo y pasivo: el rol activo se asociaría con la masculinidad, con un estrato social alto y con la edad adulta, mientras que el papel pasivo se asociaría con la

²² PLATÓN. *Fedro*, Alianza Editorial, 2004.227^a.

feminidad, con un estrato social bajo y con la juventud.²³ No es de extrañar, por tanto, la aceptación social de la pederastia, entendida como la relación entre un hombre adulto, *erastés*, y un joven adolescente, *erómeno*,²⁴ mientras que las relaciones homosexuales entre adultos del mismo estatus social son controvertidas y sufren una elevada estigmatización social.²⁵ La homosexualidad femenina, por su parte, carece de reconocimiento social debido al papel inferior en relación con el hombre al que es relegada la mujer en la sociedad griega.²⁶

A nivel jurídico, se encuentran pocas referencias sobre la regulación normativa de las conductas sexuales en la Antigua Grecia, indicador de la aceptación social de las mismas. Destaca el *Discurso de Esquines contra Timarco*, en donde el político y orador ateniense del s.IV a.C., citando una extensa relación de leyes, muchas de ellas adjudicadas a Solón (s.VII a.C), arroja luz sobre la consideración de la homosexualidad en el antiguo sistema jurídico griego. En su discurso, Esquines refleja la permisividad existente entre los atenienses respecto a las relaciones homosexuales entre hombres adultos y jóvenes, siempre que estuvieran basadas en el deseo. Destaca, además, las condenas previstas para la pederastia no consentida sobre jóvenes libres, la pena de muerte, y sobre las relaciones homosexuales realizadas a cambio de dinero, conducta con la que acusa a Timarco, que conlleva la inhabilitación de cargo público y, en caso de incumplimiento de esta condena, también la pena de muerte.²⁷

En Roma, la homosexualidad es entendida como una alternativa sexual más integrada en todos los niveles de la sociedad. Algunos autores destacan que la homosexualidad es penalizada bajo la *Lex Scantinia*, del año 226 a.C., que regula la práctica sexual, y de la que no se ha conservado texto alguno. Sin embargo, la mayor parte de los estudios científicos sobre la materia niegan la existencia de un régimen jurídico punitivo de la homosexualidad dado el

²³ DOVER, K. *Greek Homosexuality*. Harvard University Press. 1978.

²⁴ CALIMACH, A. *Lovers' Legends: The Gay Greek Myths*, Haiduk Press 2002. p.3

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Destacan los poemas de SAFO DE LESBOS, poetisa que desarrolló su obra literaria sobre los temas del deseo y del amor, incluyendo el profesado entre mujeres. De *Lesbos* procede etimológicamente el actual término de lesbiana.

²⁷ ESQUINES. "Discurso contra Timarco". *Discursos. Testimonios y cartas*. Biblioteca Clásica Gredos. 2002. p. 12, 13, 16, 17, 21, 29, 46 et 52.

reconocimiento público de la misma por parte de gobernantes,²⁸ filósofos y juristas romanos²⁹. Conviene destacar, como indicador de que la homosexualidad era aceptada por la sociedad romana, la legalización de la prostitución masculina que era gravada con un impuesto imperial.³⁰

Sin embargo, resulta necesario matizar que la moral romana rigente sobre la sexualidad permite que el hombre libre y adulto pudiera mantener relaciones sexuales siempre que mantuviese el rol activo en la relación. Como subraya FERROUL, “la pasividad en un hombre libre es considerada como infamante, pudiendo ser severamente castigada”³¹. De este modo, Séneca explica el sistema patriarcal y jerarquizado romano, sobre el que se asienta el tratamiento de los roles en la relación homosexual, en los siguientes términos: “la pasividad sexual en un hombre libre es un crimen; en un esclavo, una obligación; en un emancipado, un servicio”.³²

También son castigadas las relaciones sexuales con jóvenes ciudadanos *pre púber*. En este sentido, se aprueban normas para la protección de los menores de edad nacidos libres, tanto niñas como niños, de abusos sexuales. Sin embargo, no se discrimina al perpetrador por su orientación sexual, siendo independiente para la pena si el abuso era de tipo homosexual o heterosexual.³³ En cualquier caso, a disposición del amo quedan los esclavos, y todos los que no sean romanos, se trate de hombres, mujeres, niños, adolescentes o adultos.

Conviene destacar que la homosexualidad no sólo queda reconocida en Roma desde un plano puramente conductual, sino también en el plano

²⁸ A Julio César, (100.a.C-44a.C.), cónsul y dictator perpetuus de la República, se le era reconocida popularmente su bisexualidad como “el hombre de todas las mujeres y la mujer de todos los hombres”. Del emperador Adriano (76 d.C., 138 d.C) se le conoce su amor por Antínoo, a quien deificó tras su muerte y dedicó la construcción de la ciudad Antinoópolis.

²⁹ De acuerdo con FERROUL, Cicerón (filósofo, jurista, escritor y cónsul de Roma) tenía una mujer y un hijo, “pero prefería los encantos de su joven esclavo y secretario favorito”. FERROUL, Y. *La homosexualidad en la antigua Grecia y Roma*. Disponible en: www.sexualidad.doctissimo.es/deseo/homosexualidad/la-homosexualidad-en-la-antigua-grecia-y-roma.html

³⁰ BOSWELL. *The Church and the Homosexual: An Historical Perspective*. 1979. Disponible en: www.fordham.edu/halsall/pwh/1979boswell.asp

³¹ FERROUL, Y. *Op.cit.* Disponible en: www.sexualidad.doctissimo.es/deseo/homosexualidad/la-homosexualidad-en-la-antigua-grecia-y-roma.html

³² VEYNE, P. “Homosexuality in Ancient Rome” *Western Sexuality*. 1985. p.31

³³ MARTÍN SÁNCHEZ, M. “Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°1, 2011.p.250

relacional, siendo legales matrimonios entre personas del mismo sexo.³⁴ WILLIAMS subraya que, aunque no existe un reconocimiento jurídico explícito del matrimonio entre personas del mismo sexo, de acuerdo con los relatos de Marcial y de Juvenal³⁵, éstos eran muy frecuentes en la vida social romana. MARTÍN SÁNCHEZ defiende “la existencia de leyes reguladoras de aspectos tan importantes como el régimen jurídico-legal de las uniones homosexuales previstos para el matrimonio”³⁶. A modo de ejemplo, el propio emperador Nerón (37 d.C.-68 d.C.) contrajo matrimonio en dos ocasiones, con dos hombres distintos, en ceremonia pública.

En relación con la homosexualidad femenina, las mujeres en Roma, igual que en la Antigua Grecia, estaban sometidas a una moral construida desde la óptica patriarcal y masculina. BUTRICA señala que el lesbianismo en Roma no sólo desafiaba la autopercepción del varón como dador exclusivo del placer sexual, sino que también era contrario a los fundamentos básicos de la cultura romana dominada por los hombres.³⁷ Autores como Ovidio o Marcial manifiestan opiniones negativas respecto al amor lésbico.³⁸ La discriminación entre la homosexualidad masculina y la femenina queda patente también, como destaca BOSWELL, en el hecho de que no se conoce la celebración de ningún matrimonio entre mujeres en Roma.³⁹

1.2. El cristianismo y la penalización de la homosexualidad en Europa

En las enseñanzas de Jesús no existe ninguna condena explícita de la homosexualidad. De acuerdo con San Mateo, en respuesta a la pregunta que le hacen a Jesús sobre cuál es el primero de los mandamientos, éste responde: “El primero es: escucha Israel, el Señor, nuestro Dios, es el único Señor, y amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, con toda tu alma, con toda tu mente y con todas tus fuerzas. El segundo es: amarás a tu prójimo como a ti mismo. No existe otro mandamiento mayor que éstos”. (Mc 12, 29-31). Puede

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ WILLIAMS, C.A. *Roman Homosexuality*. 2009.p.280

³⁶ MARTÍN SÁNCHEZ, M.. *Op.cit*.p.249

³⁷ BUTRICA, L.J. “Some Myths and Anomalies in the Study of Roman Sexuality”. *Same-Sex Desire and Love in Greco-Roman Antiquity and in the Classical Tradition of the West*. VESTRAETE, B.C. et PROVENCAL, V.p.252

³⁸ MARCIAL. 1.90 en BUTRICA, *Ibidem*.p.254

³⁹ BOSWELL, J. *Las bodas de la semejanza*. El Aleph. 1996. p.107

afirmarse que el odio o la discriminación a una persona por su orientación sexual e identidad de género son conductas contrarias a la doctrina cristiana sustentada sobre la aceptación y la compasión al prójimo. El amor es la base de todas las enseñanzas cristianas. De acuerdo con San Juan, Jesús dijo a sus discípulos: “amaos los unos a los otros como yo os he amado” (Jn 13, 34). Sin embargo, la paulatina construcción social de las estructuras y dinámicas de poder de la Iglesia y la interpretación realizada sobre los discursos teleológicos, que rechazan toda sexualidad no reproductiva, han propiciado que, durante siglos y aún en la actualidad⁴⁰, se condene en nombre de Dios la homosexualidad, imposibilitando que los seres humanos puedan amar en libertad y desde su verdad.

Dos de los pasajes que más han influido en el castigo de los actos homosexuales a lo largo de la historia se encuentran en el Levítico, libro bíblico común para los judíos y los cristianos. En los capítulos 18:22 y 20:13 del Levítico se dice que: “no te acuestes con un hombre como si te acostaras con una mujer. Es un acto infame/ Si un hombre se acuesta con un hombre como si se acostara con una mujer, se condenará a muerte a los dos, y serán responsable de su propia muerte, pues cometieron un acto infame.”⁴¹

Por su parte, la historia de Sodoma en el libro del Génesis, 19:1-11, adquiere un papel menos central. En este pasaje, Dios destruye las ciudades de Sodoma y Gomorra por la gravedad de los pecados de su pueblo, permitiendo huir a Lot y a su familia. La doctrina moderna entiende que el pasaje de Sodoma no se refiere a actos homosexuales, sino al pecado de inhospitalidad,

⁴⁰ La emancipación social y la lucha por los derechos de las personas homosexuales, bisexuales, transgénero e intersexuales se enfrenta a una clara oposición de las diferentes iglesias cristianas. Como destaca BRINKSCHRÖDER esta firme barrera se evidencia en los ataques verbales y en las intervenciones diplomáticas la Iglesia Católica en contra del matrimonio y uniones civiles entre personas del mismo sexo, en la denominada “guerra cultural” contra los neo-fundamentalistas y la derecha religiosa en los Estados Unidos, en la división crucial existente dentro de la Iglesia Anglicana entre obispos homofóbicos, especialmente en África, y la Iglesia Episcopal que por primera vez en la Historia ha ordenado un obispo homosexual, y, por último, en los insultos contra los homosexuales por parte de los Metropolitanos de la Iglesia ortodoxa rusa. BRINKSCHRÖDER, M. “Christian Homophobia. Four Theological Discourses”. GRONEBERG, M. *Homophobia: Experiences and Analyses Pertinent to Education*. 2011. p.159

⁴¹ LA BIBLIA. Levítico. 18:22 y 20:13. Traducción interconfesional.

de agresividad y de egoísmo de su pueblo.⁴² Sin embargo, Filón de Alejandría identificaría la homosexualidad como uno de los pecados del pueblo de Sodoma.⁴³ Este último parece ser el sentido que influenciaría después en el pasaje del pueblo de Lot en el Corán, escrito en el s.VII.

En el Nuevo Testamento, a pesar de no mencionarse la homosexualidad en las enseñanzas de Jesús, se encuentran tres referencias clave sobre la homosexualidad; I Corintios 6; I Timoteo 1 y Romanos 1. En la *primera epístola a los corintios*, 6:9-10, Pablo de Tarso (5/10 d.C-58/67 d.C) dice: “¿No sabéis que los injustos no heredarán el reino de Dios? No erréis; ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los sodomíticos, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los estafadores, heredarán el reino de Dios”⁴⁴.

La referencia bíblica más importante respecto al debate de la homosexualidad es la *epístola a los romanos*, 1:26-27, en la que Pablo de Tarso escribe: “Por eso, Dios ha abandonado a pasiones vergonzosas. Incluso sus mujeres han cambiado las relaciones naturales por las que van contra naturaleza; y, de la misma manera, los hombres han dejado sus relaciones naturales con la mujer y arden en malos deseos los unos por los otros. Hombres con hombres cometen actos vergonzosos y sufren en su propio cuerpo el castigo de su perversión”.⁴⁵ Tradicionalmente, de acuerdo con HILBORN, este pasaje ha sido la base de la condena de todas las prácticas homosexuales por ser la referencia más explícita e inequívoca.⁴⁶ El elemento más significativo de este pasaje es que introduce en el pensamiento cristiano la noción de que las relaciones homosexuales, tanto las masculinas como las femeninas, son *contra natura*.⁴⁷

⁴² Véase BAILEY, D.S. *Homosexuality in Western Christian Tradition*. Longman.1995. BOSWELL J. *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality; Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*,. Muchnik ed. 1980. JORDAN, M. *The invention of Sodomy in Christian Theology*. University of Chicago Press.1997

⁴³ CROMPTON, L. *Homosexuality and Civilization*. Harvard University Press. 2003. p.43

⁴⁴ LA BIBLIA. Nuevo Testamento. 1. Corintios. 6:9-10. Traducción interconfesional.

⁴⁵ LA BIBLIA. Nuevo Testamento. Romanos 1:26-27. Traducción Interconfesional.

⁴⁶ HILBORN, D. *Homosexuality and Scripture*.Evangelical Alliance. 2002p. 6.

⁴⁷ BOSWELL estima que “lo que Pablo de Tarso parece dar a entender es que las relaciones homosexuales eran inusuales, pero no contrarias al Derecho natural”. De hecho, el Derecho natural, o iusnaturalismo, no se desarrolla hasta doce siglos después. BOSWELL, J. *Op.cit*. Disponible en: ww.fordham.edu/halsall/pwh/1979boswell.asp

En el Imperio romano, las actitudes hacia el comportamiento homosexual fueron modificándose a medida que el cristianismo se institucionaliza. Durante la crisis social del siglo III d.C, se promulgan una serie de normas reguladoras de los actos homosexuales, prohibiéndose el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴⁸ La penalización de la homosexualidad se instaura definitivamente en el siglo IV. d.C. El Código Teodosiano del año 342 prevé en su art.195 la condena a la hoguera para “el hombre que copulara como una mujer”.

El Derecho Romano integra el discurso moral cristiano sobre la homosexualidad en el Código de Justiniano, recopilado entre los años 529 y 534, que castiga todos los actos homosexuales declarándolos *contra natura* y disponiendo como condena la pena de muerte. Una de las leyes justinianas refleja el cambio de paradigma en los últimos años del Imperio, al considerar los actos homosexuales como “causa de hambruna, terremotos y pestilencia”.⁴⁹

En términos generales, en los siguientes 1400 años, la mayoría de las jurisdicciones europeas establecieron disposiciones punitivas sobre la homosexualidad tomando como fuente el Derecho Romano, la aplicación directa de las prohibiciones del Levítico, el Derecho Canónico o el Derecho Consuetudinario local influenciado por la tradición cristiana, persiguiéndose, de este modo, la homosexualidad por “herejía” o por “lujuria”.⁵⁰

Sin embargo, conviene matizar que, de acuerdo con JORDAN, la condena de la sodomía, en cuanto término que define una conducta sexual, surgió en la teología cristiana por primera vez en el s. XI.⁵¹ De hecho, BOSWELL constata que hasta el s. XII, no existe conflicto social entre la homosexualidad y el cristianismo, siendo frecuentes las referencias sobre la aceptación de la homosexualidad en el arte, la poesía, la música e, incluso, en escritos religiosos cristianos.⁵² Fue a partir del siglo XII, cuando en Europa emerge un

⁴⁸ BOSWELL, J. *Christianity, Social Tolerance and homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Muchnik ed. 1980.p.70

⁴⁹ GRONEBERG, M. “Reasons for Homophobia: Three Types of Explanation” *Compating Homophobia: Experiences and Analyses Pertinent to Education*. (LIT, Verlag, 2011)p.193

⁵⁰ SANDERS, E.D. “377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia”. *Asian Journal of Comparative Law*. Vol.4. n°1. 2009.p.4

⁵¹ JORDAN, M. *The invention of Sodomy in Christian Theology*. University of Chicago Press.1997.p.1

⁵² BOSWELL, J. *Op.cit.* Disponible en: www.fordham.edu/halsall/pwh/1979boswell.asp

clima social de intolerancia generalizada: hacia las mujeres, los judíos, los musulmanes, las brujas y los homosexuales. A consecuencia de esta reacción popular, y no al contrario, durante el s.XIII, teólogos como Tomás de Aquino se esfuerzan por identificar la homosexualidad como uno de los peores pecados existentes, equiparable al pecado de matar a otra persona. De hecho, en *Summa Theologica*, Tomás de Aquino subraya que el término "natural" no tiene significación moral, sino que es un término que se aplica a lo que se desaprueba popularmente, señalando que "la homosexualidad es llamada 'el vicio antinatural' por la gente común, y por ello puede decirse que es antinatural".⁵³

De este modo, los pasajes del Levítico pasaron del primer cristianismo al Derecho Romano, y del Derecho Romano al Derecho Eclesiástico europeo, para convertirse posteriormente en derecho secular en la mayoría de los Estados europeos⁵⁴.

Tiempo después, la Reforma Protestante conlleva a que el Derecho Canónico deje de aplicarse en muchos de los tribunales eclesiásticos europeos, pasando la condena de la homosexualidad a la jurisdicción de los tribunales civiles en países como Dinamarca, Suecia o Gran Bretaña. En el Sacro Imperio Romano Germánico, por su parte, la *Constitutio Criminalis Carolina*, aprobada en 1532 durante el reinado de Carlos V, castiga tanto la homosexualidad masculina como la femenina con pena de muerte (art.116 *Lex Carolina*)⁵⁵.

Paradójicamente, en Inglaterra, la homosexualidad se utilizará como pretexto para legitimar la campaña contra los católicos, con el fin de justificar la expropiación de sus monasterios y de sus tierras. Sólo un año después de que el Parlamento británico decidiera la emancipación de la Iglesia Anglicana, nombrándose Enrique VIII como su "Gobernador Supremo", se aprueba la ley de la sodomía de 1534, que condena los actos sodomíticos con la pena de muerte. SANDERS subraya que esta ley sirve para la estrategia política de Thomas Cromwell de adquirir propiedades católicas y de consolidar el

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ CROMPTON, L. *Op.cit.* p.34

⁵⁵ PUFF, H. *Sodomy in Reformation Germany and Switzerland 1400-1600*. The University of Chicago Press. 2003.p.54

nacimiento de la Iglesia Anglicana, diferenciándose de los católicos británicos a quienes se les inculpa de desobedecer la moralidad religiosa⁵⁶.

1.3. Los principales procesos de despenalización de la homosexualidad en Europa

1.3.a) Los procesos de despenalización bajo influencia del Código Napoleónico

El fin de las instituciones propias del feudalismo y del absolutismo, la progresiva secularización de la Iglesia Católica y la constitucionalización de la defensa de los derechos del hombre, tras la Revolución francesa, propician el inicio del período de descriminalización de la homosexualidad en Europa.

Conviene recordar, no obstante, que durante el período de la Ilustración, pensadores como Montesquieu y Beccaria, a pesar de cuestionar el sistema normativo penal y la severidad de la pena, no pondrían en tela de juicio la persecución de la homosexualidad ni abogarían por su despenalización. De hecho, el propio Voltaire (1694-1778), considerado uno de los principales representantes de la Ilustración, se muestra muy crítico con los actos homosexuales calificándolos de “atentado infame contra la naturaleza”, de “abominación asquerosa” y de “vileza”⁵⁷.

La reforma del Código Penal francés de 1791, redactado por la Asamblea General francesa, excluye la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos en privado. Pero es el Código Penal francés de 1810, conocido como el Código Napoleónico, el que consagraría la descriminalización de la homosexualidad en Francia, iniciando el proceso de despenalización en el resto de países europeos bajo influencia francesa.⁵⁸ De este modo, la

⁵⁶ SANDERS, E.D. *Op.cit.*p.6

⁵⁷ DROIT, R.P. *La face cachée de Voltaire*. Le Point. 02/08/2012. Disponible en: www.lepoint.fr/livres/la-face-cachee-de-voltaire-02-08-2012-1494397_37.php

⁵⁸ Véase SIBALIS, D.M. “The Regulation of Male Homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France, 180-11815”. En MERRICK, J, et RAGAN, B. *Homosexuality in Modern France*. Oxford University Press. 1996.

despenalización se extiende a los Códigos Penales de los Países Bajos de 1811, de España de 1822, reinstaurado en 1848, y de Bélgica de 1843⁵⁹.

En Portugal, la homosexualidad se despenaliza con el Código Penal de 1852, pero vuelve a criminalizarse en 1886 hasta el fin de la dictadura de Salazar, cuando los actos homosexuales son excluidos del Código Penal de 1982. Sin embargo, la edad requerida para el consentimiento en las relaciones homosexuales no es igualada a la de las heterosexuales en Portugal hasta la reforma penal del año 2007.⁶⁰

Por otra parte, la unificación italiana de 1860 une a una serie de estados que, en su mayoría, ya han abolido los actos homosexuales en privado y no lucrativos, bajo la influencia del Código Napoleónico. Una de las dos excepciones es el Reino de Cerdeña que no sólo mantiene la penalización de la homosexualidad en los arts.420 a 425 del Código Penal, promulgado en 1859 por Víctorio Emanuel II, sino que extiende la penalización por casi todo el territorio del nuevo Estado italiano, salvo en el antiguo Reino de Dos Sicilias. A partir de la promulgación del Código Penal italiano de 1889, no se aprueba legislación penal que criminalice los actos homosexuales, a pesar de que los homosexuales sufren persecución durante el régimen de Benito Mussolini y de que, durante el período de la posguerra, se den tres intentos de volver a criminalizar la homosexualidad en Italia⁶¹.

1.3.b) La despenalización de la homosexualidad en el Reino Unido

La Ley de la sodomía de 1534, tras varias suspensiones y reformas, se adopta de nuevo en 1563, bajo el reinado de Isabel I, manteniéndose en vigor durante más de tres siglos. Aunque las ejecuciones no son muy frecuentes, sí sirven para mantener el clima de terror y represión en todo el territorio británico.

⁵⁹ Aún así, la despenalización de la homosexualidad en Francia, como en el resto de países, no evitaría la exclusión y la marginación social de las personas homosexuales y transexuales hasta la consolidación del movimiento social por los derechos de las personas LGBTI, a partir de 1969.

⁶⁰ PORTUGAL. Código Penal de 15 de septiembre de 2007. Art.174.

⁶¹ Véase. BORRILLO, D. *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*. Edizioni Dedelo. 2009.

La última ejecución por el delito de sodomía en el Reino Unido tuvo lugar en 1836⁶².

Jeremy Bentham, en un ensayo no publicado escrito en 1785, argumenta que las leyes penales solo deben incluir actos que puedan causar daño. El filósofo utilitarista británico entiende que los actos homosexuales pueden ser muy satisfactorios para algunos y, al no provocar daño a ninguna persona, aboga por una postura social utilitarista que defiende la despenalización de la homosexualidad⁶³. Por su parte, John Locke, sin pronunciarse respecto a la homosexualidad, también requiere que las leyes penales tomen en consideración el daño efectivo que las conductas tipificadas pueden producir sobre terceros⁶⁴. Esta perspectiva utilitarista y liberal, de acuerdo con SANDERS, marcaría el desarrollo académico y jurídico del Derecho Penal en Estados Unidos y Canadá⁶⁵.

La Ley de la sodomía inglesa es sustituida por la Ley de delitos contra las personas (*Offences Against the Person Act*) de 1861, que sustituye la condena de pena de muerte y de embargo de todos los bienes por multas y pena cárcel, pudiéndose aplicar hasta la cadena perpetua. En 1885, la reforma penal (realizada por el *Criminal Law Amendment Act*) extiende el delito de sodomía a cualquier práctica sexual entre varones. La criminalización de la homosexualidad afecta a todos los sectores sociales y durante la época victoriana se desatan numerosos sucesos con repercusión mediática, como el proceso contra Oscar Wilde y el famoso escándalo de la calle Cleveland, en donde el gobierno es acusado de encubrir a aristócratas involucrados en un caso de prostitución masculina.⁶⁶

El informe Wolfenden, de 3 de septiembre de 1957, solicitado por el Ministro del Interior a un comité de expertos, establece que: “las prácticas homosexuales en privado no deben seguir siendo un delito” y que “la homosexualidad no puede legítimamente considerarse una enfermedad, porque en muchos casos era solo un síntoma y completamente compatible con

⁶² Véase NORTON, R. *Homosexuality in Eighteenth-Century England: A Sourcebook*. Disponible en: rictornorton.co.uk/eighteen/

⁶³ BENTHAM, J. *Offences Against One's Self*. 1785. Publicado por CROMPTON, L. en *Journal of Homosexuality*, v.3:4, 1978, p.389-405

⁶⁴ SANDERS, E.D. *Op.cit.*p.27

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ Véase HYDE, M. *The Cleveland Street Scandal*. 1976

una salud mental en los demás aspectos”⁶⁷. Diez años después, la Ley de delitos sexuales de 1967 (*Sexual Offences Act*) despenaliza las prácticas homosexuales entre adultos y en privado, pero discriminando en el requisito de la edad para la prestación del consentimiento: 21 años para las relaciones homosexuales y 16 para las heterosexuales. La Ley de delitos sexuales de 1967 solo es aplicable en Inglaterra y en Gales. En Escocia, la homosexualidad se despenaliza en 1980, a través del Criminal Justice Act, y en el Norte de Irlanda, tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el asunto *Dudgeon contra el Reino Unido*⁶⁸, por la *Homosexual Offences Order* en 1982.

El 1 de mayo de 2004, entra en vigor el *Sexual Offence Act* de 2003, por la que se elimina toda referencia a la homosexualidad de la ley de 1967 y se eliminan los requisitos de privacidad estricta y las diferencias de edad en el consentimiento por motivo de la orientación sexual.⁶⁹

1.3.c) La despenalización de la homosexualidad en Alemania

El Código Penal del Imperio Alemán, de 1 de enero de 1872, incorpora la criminalización de la homosexualidad, siguiendo el art.143 de la legislación común prusiana de 1794, en el art. 175 que establece: “la fornicación contra naturaleza realizada entre hombres o de personas con animales se castigará con pena de cárcel; también se podrán retirar los derechos civiles”.⁷⁰

De acuerdo con STEAKLEY, en oposición a la penalización de la homosexualidad se crea en Alemania el primer movimiento reformista público de la historia liderado por abogados y médicos homosexuales.⁷¹ Durante la década de 1860, Karl Heinrich Ulrichs y Karl Maria Kertbeny ya se habían pronunciado en contra de la regulación prusiana. En 1897, el Dr.Magnus

⁶⁷ COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION. *Wofelden Report*. Brit.J.vener.Dis.1957.

⁶⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Caso Jeffrey Dudgeon contra Reino Unido. Nº7525/76. 1981.

⁶⁹ REINO UNIDO. Sexual Offences Act, 2003. Chapter 42. Disponible en: www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents

⁷⁰ La pena máxima de prisión se fijó en seis meses. La pérdida de los derechos civiles podía consistir en la retirada del título de Doctor o en la prohibición de la participación activa o pasiva de la vida política.

⁷¹ STEAKLEY, J. *The Homosexual Emancipation Movement in Germany*. Arno Press.1975.p.23

Hirschfeld,⁷² entre otros, forman el Comité Científico Humanitario, con el fin de abogar por la despenalización de la homosexualidad y por su comprensión jurídica y social como una característica innata.⁷³

Los intentos de despenalización finalizan con el nacionalsocialismo que amplía la condena a cinco años y extiende el ámbito objetivo del art. 175 al suprimir la fornicación, por lo que ya no se persiguen los actos homosexuales sino la homosexualidad en sí misma. TILL destaca que, entre 1933 y 1945 son procesados unos 100.000 hombres, de los que aproximadamente la mitad son condenados, algunos a muerte⁷⁴. En 1936, se crea la Central del Reich para la Lucha contra la Homosexualidad y el Aborto, cuyo objetivo principal era la recopilación y el registro central de homosexuales, a través las llamadas *fichas rosas*. En 1940, Himmler, jefe de la policía alemana nazi, ordena “detener de forma preventiva, tras el cumplimiento de su condena, a todos aquellos homosexuales que hayan seducido a más de un amante”, lo que supone el envío a campos de concentración de los condenados tras su salida de la cárcel.⁷⁵

Se calcula que durante el régimen nazi son enviados a campos de concentración por el delito de homosexualidad entre 5.000 y 15.000 hombres. Los presos homosexuales ocupan la casta más baja, siendo seleccionados para los campos de exterminio de Mauthausen, Natzweiler, o GroB-Rosen o para realizar los trabajos más duros y peligrosos que impliquen su muerte. KNOLL estima que la tasa más alta de supervivencia de presos marcados con el triángulo rosa se da en el campo de concentración de Dachau, donde no llega alcanzar el 40% de los detenidos.⁷⁶

El art.175, sin embargo, no se deroga con la caída del nacionalsocialismo. En la República Democrática Alemana, se reinstaura en su versión del Código Penal del Imperio Alemán. En 1968, la RDA crea su propia legislación penal, condenando en su art.151 las relaciones homosexuales con menores. La

⁷² El Dr. Magnus Hirschfeld (1868-1935) famoso médico y sexólogo alemán, fue miembro fundador del Comité científico humanitario en 1897, organizó el “Primer Congreso por la Reforma Sexual” en 1921 y creó el Instituto para el estudio de la sexualidad (Institut für Sexualwissenschaft, en 1919. Se le conoce como uno de los más influyentes activistas por los derechos de las personas LGBTI y un referente en materia de educación sexual.

⁷³ SANDERS, E.D. *Op.cit.*p.23

⁷⁴ TILL, B. *Homosexuelle im Britten Reich. Geschichte einer Verfolgung.*p.101

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ KNOLL, A. “*Homosexuelle Häftlinge im KZ Dachau*”p.214

exclusión de la homosexualidad en el sistema penal alemán no llegaría hasta la reforma de 1988. En la República Federal Alemana, el art. 175 sufre dos modificaciones en 1969 y en 1975. A partir de esta última, sólo se prohíben las relaciones homosexuales con menores de edad. El art. 175 desaparece del ordenamiento jurídico alemán en 1994 con la integración de los regímenes jurídicos de las dos Alemanias.⁷⁷

1.3.d) Los procesos de despenalización en la Europea oriental

En Polonia, desde su fundación en el año 966, ninguna legislación tipifica la homosexualidad como delito. Cuarenta años después de que perdiera su independencia en 1795, las leyes de la sodomía de Rusia, Prusia y Austria, se aplican en el territorio polaco dividido, penalizando la homosexualidad. En 1918, Polonia recupera su independencia y deja sin efecto toda legislación aprobada por las fuerzas ocupantes. En 1932, Polonia es el primer país del s.XX, en despenalizar la homosexualidad, seguida de Dinamarca en 1933, Islandia en 1940, Suiza en 1942 y Suecia en 1944.⁷⁸

En Rusia, siguiendo la voluntad de Pedro el Grande de aportar influencias europeas occidentales, se introduce la prohibición penal de la homosexualidad para el ejército en 1716. En 1835, el Zar Nicolás I expande el ámbito de aplicación de la ley a todos los hombres⁷⁹. En 1917, la Revolución rusa conlleva la caída del gobierno zarista y la consecuente fundación de la RSFS de Rusia, el primer estado socialista del mundo, seguida de la Unión Soviética de Repúblicas Socialista. El nuevo gobierno del Partido Comunista erradica la antigua legislación respecto a las relaciones sexuales legalizando la homosexualidad. De hecho, como subraya HALEY, bajo el mandato de Lenin, se les permitía a las personas abiertamente homosexuales trabajar para el gobierno⁸⁰.

⁷⁷ EVANS, J.V. "The moral state: Men, mining and masculinity in the early GDR". *German History*. Nº23. 2005. p.355-370

⁷⁸ BORREN, S et SEVILLA, "Gay and Lesbian Politics." R. KRIEGER, J. *The Oxford Companion to Politics of the World*. 2001. p.308

⁷⁹ HALEY, D. *Homosexual Desire in Revolutionary Russia*, University of Chicago Press. 2001. pp.80 et 81.

⁸⁰ Como subraya SANDERS no todas las Repúblicas soviéticas, especialmente las de Asia central, despenalizan la homosexualidad. SANDERS, E.D. *Op.cit.*p.23

Sin embargo, en 1933, bajo el mandato de Stalin, el gobierno soviético vuelve a criminalizar la homosexualidad, posiblemente para acercar posturas con la Iglesia Ortodoxa Rusa⁸¹. En 1934, el Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia introduce el art. 121.1 en el que se penaliza la homosexualidad. Desde entonces, la homosexualidad es entendida no sólo como un crimen *contra natura* sino también como una conducta contraria a la utopía del estado de los trabajadores. La condena que se imponía era de cinco años en trabajos forzados en campos de trabajo organizados por un sistema de castas, de la que la más baja era la conformada por los condenados por el artículo 121.1, debiendo realizar las tareas más duras y desagradables y dependiendo de la voluntad de los otros prisioneros.⁸²

Con la disolución de la Unión Soviética, la despenalización de la homosexualidad se expande por toda Europa del Este: Ucrania despenaliza la homosexualidad en 1991, Letonia y Estonia en 1992, Rusia en 1993, Bielorrusia en 1994, Moldavia y Albania en 1995, Macedonia en 1996, Rumanía en 1992, y de nuevo en 2001, Bosnia y Herzegovina en 1998, Georgia en 2000 y Lituania en 2004.⁸³

Como se desarrolla en los capítulos quinto y sexto del presente estudio, el Consejo de Europa y la Unión Europea desarrollan un papel decisivo en la promoción de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Europa oriental. Sin duda alguna, las presiones ejercidas para la integración de estos países en el Consejo de Europa, en cuanto organización internacional de ámbito regional cuyos fines son la promoción de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, fomentan la despenalización de la homosexualidad. También propician el cambio los requisitos establecidos por la Unión Europea para que terceros Estados pudieran presentar su candidatura, a través de los criterios de Copenhague, aprobados por el Consejo Europeo en junio de 1993, entre los que se encuentra el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías⁸⁴.

⁸¹ HALEY, D. *Op.cit.* p.80

⁸² *Ibidem.*

⁸³ SANDERS, *Op.cit.* p.30

⁸⁴ UNION EUROPEA. CONSEJO EUROPEO EN COPENHAGUE. 21-22 Junio de 1993. Conclusiones de la Presidencia. Doc/93/3, 22/06/1993

1.4. Los últimos avances frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa

De acuerdo con ILGA, todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE han adoptado medidas legislativas contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.⁸⁵ En este sentido, como se estudia en el capítulo cuarto del presente estudio, el Derecho de la Unión Europea prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género a través del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y una serie de Directivas específicas aprobadas para el ámbito laboral y el penal.

La República Turca del Norte de Chipre ha sido el último territorio de Europa en despenalizar la homosexualidad. La modificación de su Código Penal, el 27 de enero de 2014, deroga el art. 171 del capítulo 154 que disponía que “cualquiera que – (a) mantenga relaciones sexuales contra natura con otra persona, o (b) permita las relaciones sexuales contra natura con un varón, comete un delito grave y podrá ser castigado con pena de prisión de hasta cinco años.” Además, el art.173 tipificaba la tentativa estableciendo que: “cualquiera que intente cometer uno de los delitos mencionados anteriormente en el artículo 171, comete un delito grave y podrá ser castigado a pena de prisión de hasta tres años.”⁸⁶ La reforma penal incluye la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el acceso a los servicios públicos, lo que supone uno de los últimos pasos legislativos en Europa en la lucha contra la homofobia, la bifobia y la transfobia⁸⁷.

⁸⁵ ILGA-EUROPE. *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*. 2013. Disponible en: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/15245131/2013.pdf>

⁸⁶ REPÚBLICA TURCA DEL NORTE DE CHIPRE. (Estado solo reconocido por la República de Turquía) Código Penal, versión 1954. Disponible en: <http://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap154.pdf>

⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEO. Intergrupo sobre derechos de las personas LGBTI. *Northern part of Cyprus decriminalises homosexuality* 27 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/northern-part-of-cyprus-decriminalises-homosexuality/>

Por otra parte, las uniones formadas por personas del mismo sexo van ganando reconocimiento jurídico en los diferentes países europeos. En 1989, Dinamarca es el primer país en permitir el registro de uniones de personas del mismo sexo y, en 2001, los Países Bajos legalizan el derecho a contraer matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo, siendo el primer país del mundo en hacerlo. Desde entonces, el matrimonio igualitario se ha legalizado en Bélgica en 2003, en España en 2005, en Noruega y en Suecia en 2009, en Portugal y en Islandia en 2010, en Dinamarca en 2012 y en Francia en 2013. En Irlanda, se permite el registro de las parejas de hecho homosexuales desde 2011 y se ha previsto un referéndum popular en 2015 sobre el derecho al matrimonio para las parejas homosexuales.⁸⁸

En el Reino Unido, la regulación civil de los regímenes matrimoniales constituye una competencia delegada. En julio de 2013 el Parlamento británico aprueba la legalización del matrimonio igualitario para Inglaterra y Gales, entrando en vigor la ley a partir de marzo de 2014. El Parlamento de Escocia aprueba la ley sobre matrimonio igualitario en primera votación el 16 de enero de 2014, siendo la segunda y definitiva votación el 4 de febrero de 2014.⁸⁹

1.5. La homofobia, la bifobia y la transfobia en la sociedad europea del s.XXI.

A pesar de los procesos de despenalización de la homosexualidad, de la aprobación de medidas legislativas tanto a nivel comunitario como nacional contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y del paulatino reconocimiento de las uniones y matrimonios homosexuales, la homofobia, la bifobia y la transfobia siguen latentes en la sociedad actual europea. Los elevados índices de discriminación en los ámbitos laboral, educativo y de la salud en Europa ponen de manifiesto el largo camino aún por delante para la consecución de una igualdad real y efectiva y la necesidad de seguir trabajando por un sistema jurídico regional garantista e inclusivo.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ BBC NEWS. *Gay Marriage in Scotland backed in principle by MSPs*. 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-25003083>

1.5.a) La homofobia y la transfobia en los ámbitos laboral, sanitario y educativo

Los actos de discriminación en el ámbito laboral pueden adoptar múltiples formas afectando a la promoción en el puesto de trabajo o a las condiciones laborales y salariales. La población LGBTI en Europa es víctima de acoso laboral, bullying, intimidación, discriminación directa, acoso sexual y amenazas que conducen a depresiones, enfermedades vinculadas al estrés, abuso de sustancias e, incluso, al suicidio.

De acuerdo con estimaciones realizadas por la Agencia Eurostat en 2012, tomando como referentes los indicadores de la población activa y de la comunidad LGBTI en la UE, entre 5 y 10 millones de personas LGBTI han podido ser víctimas de acoso laboral por su orientación sexual e identidad de género⁹⁰. Además, el miedo a sufrir discriminación, el riesgo de despido y la calidad del entorno de trabajo son factores que influyen a la hora de determinar las decisiones de las personas LGBTI sobre mostrarse abiertamente en el lugar de trabajo⁹¹. Especialmente discriminatorio se presenta el acceso al empleo para las personas trans.⁹²

Respecto al ámbito de la salud en Europa, como ha destacado la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a pesar de la dificultad en determinar el verdadero alcance de la discriminación, las personas LGBTI sufren discriminación en el sector de la atención sanitaria. La discriminación a

⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEO. *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. Op.cit.p.23

⁹¹ 'Eurostat Compact guides, Basic figures on the EU', Autumn 2012 edition; disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-GL-12-003/EN/KS-GL-12-003-EN.PDF.

⁹² Un reciente estudio sobre personas LGB realizado en Francia, el 42% de los encuestados temen comentar su orientación sexual por miedo a sufrir conductas homófobas, entre las que se incluye el despido. Guasp, A. and Balfour, J., 'Peak Performance, Gay People and Productivity', Stonewall, 2008, p. 8; available at http://www.stonewall.org.uk/documents/peak_performance.pdf.

⁹² Un informe de 2009 denunciaba que los datos de mujeres trans desempleadas en el Reino Unido en 2009 era de un 37% (17% más que las mujeres no trans). La cifra, en España ascendía al 57% de las mujeres trans. Whittle, S., Turner, L., Al-Alami, M., 'Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination', The Equalities Review (UK). Este p.14

las personas LGBTI en el ámbito de la salud abarca desde la discriminación en las donaciones de sangre, bajo la creencia irracional de que el índice de infecciones de VIH es mayor entre las personas LGBTI,⁹³ hasta el rechazo discriminatorio al acceso a la reproducción asistida a las mujeres lesbianas.⁹⁴ La discriminación también afecta a la pareja del paciente del mismo sexo a la que no siempre se le reconocen los mismos derechos de visita o de toma de decisiones que a las parejas heterosexuales en muchos países de la UE.⁹⁵

A todo ello hay que sumarle, la debida atención a las necesidades psicológicas específicas que, debido al grado de estigmatización, exclusión y discriminación, puedan requerir las personas LGBTI⁹⁶. Además, las personas trans tienen unas necesidades médicas concretas que no son atendidas por todos los Estados miembros, como son el tratamiento hormonal o el tratamiento quirúrgico de reasignación de género en los casos que proceda⁹⁷. En cualquier caso, la confidencialidad por parte del personal médico y sanitario es clave para evitar que las personas LGBTI sean discriminadas en otros ámbitos como el familiar, el educativo o el laboral⁹⁸.

Una de las principales fuentes de discriminación reside en la patologización de la orientación sexual e identidad de género. Recordemos que no fue hasta

⁹³ PARLAMENTO EUROPEO. INTERGRUPO LGBTI. Nota de prensa, 'European Commission: Banning gay men from donating blood is against EU law', 8 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/pressreleases/european-commission-banning-gay-men-donating-blood-against-eu-law/>, Destaca que la ratio de nuevas infecciones de VIH no es mayor entre personas homosexuales que entre personas heterosexuales.

⁹⁴ Algunos Estados miembros, como Italia o Austria, no permiten la reproducción asistida a las mujeres por ser lesbiana. CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Op.cit. p.98. En este mismo sentido, en julio de 2013, el Ministerio de Sanidad Español presentó una propuesta a las Comunidades Autónomas en las que se excluye de la reproducción asistida pública a las mujeres lesbianas. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/18/actualidad/1374178125_262676.html

⁹⁵ AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 'Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States: Part II—The Social Situation', Chapter 6, 2008, p. 78.

⁹⁶ MEYER, I. H., 'Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence', 129 Psychological Bulletin, 2003, p. 674–697.

⁹⁷ TRANSGENDER EUROPE E ILGA-EUROPA. 'Public consultation on measures for improving the recognition of prescriptions issues in another Member State', Enero de 2012.

⁹⁸ CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Op.cit p.107.

1990 que la Organización Mundial de la Salud excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud. La transexualidad, sin embargo, sigue siendo considerada como un “desajuste conductual y mental” por la OMS⁹⁹. Como se ha constatado en un estudio elaborado por el Parlamento Europeo, estas clasificaciones afectan al trato otorgado por parte del personal médico y sanitario. De hecho, denuncia que hay casos en Europa en los que parte del personal ha rechazado atender o tocar a pacientes LGBTI por su orientación sexual o su identidad de género. Además, en múltiples ocasiones, los pacientes son tratados desde la heteronormatividad o normatividad de género viéndose obligados a ocultar información sobre su vida sexual y familiar.¹⁰⁰

Por último, respecto al ámbito de la educación, la discriminación escolar puede adoptar múltiples fórmulas desde libros de texto y materiales pedagógicos con contenido homófobo, bifóbico o transfóbico¹⁰¹ hasta la agresión verbal y física en las aulas por la orientación sexual o la identidad de género de alumnado. La discriminación y el acoso escolar son causa entre los estudiantes LGBTI de abstención escolar, de déficits en el rendimiento académico e, incluso, de suicidio¹⁰².

De acuerdo con una encuesta publicada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre la situación de las personas LGBTI en Europa, el 80 % de los consultados en todos los Estados miembros recuerdan comentarios discriminatorios o actos de agresión dirigidos contra

⁹⁹ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud Version de 2010. Clasificación F64.

¹⁰⁰ PARLAMENTO EUROPEO. *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. Op.cit.p.25

¹⁰¹Sobre la vulneración del principio de no discriminación por razón de la orientación sexual en el material escolar de acuerdo con la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Humanos véase JIMENA QUESADA, L. “Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista europea de derechos fundamentales*, N°. 17, 2011.p.210.

¹⁰²ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Asuntos Sociales, de Salud y de Familia. ‘Child and teenage suicide in Europe: A serious public-health issue Report’, Doc. 11547, 27 de marzo de 2008. Como ha destacado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “el índice de suicidios es significativamente mayor entre los estudiantes LGBTI debido a la estigmatización, marginalización y discriminación que sufren por su orientación sexual o identidad de género.”

jóvenes LGBTI en el ámbito escolar¹⁰³. El estudio revela, además, que dos tercios de los consultados declararon que ocultaron su orientación sexual o su identidad de género en su etapa escolar hasta los 18 años de edad.¹⁰⁴ Además, otro informe realizado por el Parlamento Europeo señala que el acoso en las escuelas conlleva a estudiantes y profesores a ocultar cualquier identidad no heterosexual, incluso en aquellos países más tolerantes con las personas LGBTI¹⁰⁵.

1.5.b) El auge de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Federación de Rusia

En la Federación de Rusia se han aprobado en los últimos años una serie de leyes homofóbicas y transfóbicas que han servido para prohibir manifestaciones, cerrar sedes de ONGs defensoras de los derechos de las personas LGBTI, y multar y detener a personas por su orientación sexual e identidad de género, propiciando un incremento en la sociedad rusa de la violencia homofóbica.

Las autoridades de Moscú han rechazado las solicitudes para realizar la marcha del día del Orgullo durante los últimos doce años. En 2012, la autoridad local anunció que esta prohibición duraría más de 100 años.¹⁰⁶ Los recursos ante los órganos jurisdiccionales presentados por los activistas no han sido admitidos a trámite. De hecho, la marcha del Orgullo celebrada sin autorización en 2013 finalizó con numerosas detenciones¹⁰⁷.

Desde 2006, nueve jurisdicciones de la Federación Rusa han aprobado enmiendas a la legislación administrativa para introducir prohibiciones contra la “propaganda de la homosexualidad” hacia menores: la República de

¹⁰⁴ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “*Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*”. Mayo 2013. p.1.

¹⁰⁵ Network of socio-economic experts in the non-discrimination field VT-2008-007, ‘Part I - The Situation of LGBT Groups in the Labour Market in European Member States’, Synthesis Report 2010, p. 15. Germany, Greece, Ireland, Italy, Lituania and Malta

¹⁰⁶ SMITH, B. *Persecution of sexual minorities in Russia*. Standard Note: SNIA/6712. UK Government. International Affairs and Defence Section. 21 de agosto de 2013 p.3

¹⁰⁷ GUARDIAN: Police arrest 30 at gay pride rally in Moscow’25 May 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2013/may/25/russian-police-arrest-gay-activists?>

Bashkortostan; las regiones de Arkhangelsk, Kostroma, Krasnodar, Magadan, Novosibirsk, Ryazan y Samara y la ciudad de San Petesburgo¹⁰⁸. Esta legislación regional ha provocado un incremento de detenciones y de imposición de multas. El 12 de junio de 2013, el Duma ruso aprobaba por 436 votos a favor, ninguna abstención y sólo un voto en contra, una ley federal modificadora del Código de Ofensas Administrativas para prohibir la “propaganda homosexual” que pueda dirigirse a menores de 18 años.

De acuerdo con el nuevo artículo 6.21 del Código de Ofensas Administrativas de la Federación de Rusia se entiende por propaganda: “el acto de distribución entre menores que se destina a crear actitudes sexuales no tradicionales, que hace relaciones sexuales no tradicionales atractivas, que iguala el valor social de las relaciones sexuales tradicionales con las no tradicionales o que crea un interés en las relaciones sexuales no tradicionales.”¹⁰⁹ La preocupación principal de los activistas LGBTI en Rusia es que la Ley Anti-propaganda transmite a la sociedad rusa en su conjunto el mensaje de aprobación oficial del odio LGBTIfóbico, especialmente en las regiones más remotas de la capital.¹¹⁰

Otra de las leyes homofóbicas rusas es la Ley de Agentes Extranjeros, aprobada en 2012, que requiere que las ONGs que reciban financiación extranjera se registren como “agentes extranjeros”. El Consejo de Europa se ha mostrado contrario a esta ley indicando que se utiliza contra las organizaciones defensoras de los derechos de las personas LGBTI.¹¹¹ De hecho, en junio de 2013, dos organizaciones- el festival de cine Side by Side y la organización Coming Out- fueron multadas en San Petesburgo por no registrarse como “agentes extranjeros”¹¹². En el mismo mes, el Duma ruso aprobaba una ley

¹⁰⁸ Véase JHONSON. P, ‘*Homosexual propaganda’ laws in the Russian Federation: are they in violation of the European Convention on Human Rights?*, University of York, 8 July 2013

¹⁰⁹ SMITH, B. *Op.cit.* p.3

¹¹⁰ FINANCIAL TIMES. ‘Russia gay propaganda law fuels homophobic attacks’, 16 de Agosto de 2013. Disponible en: <http://www.ft.com/cms/s/0/71eaa49e-0580-11e3-8ed5-00144feab7de.html#axzz2cbXQIHcP>

¹¹¹ AGENCIA REUTERS: ‘Council of Europe tells Putin of concern over Russian NGO law’ 20 May 2013. Disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/05/20/us-russia-europe-ngos-idUSBRE94J0S120130520>

¹¹² Bajo esta nueva normativa, la ONG defensora de los derechos de las personas LGBTI *Coming Out* fue obligada al cierre y sancionada con multa de 11.400 euros a la entidad y de 6.800 euros a su director. Numerosas otras ONGs han sido denunciadas o multadas. Esta normativa ha conducido a un incremento de ataques violentos contra las minorías étnicas y

prohibiendo la adopción de huérfanos rusos por parte de parejas extranjeras del mismo sexo y por personas solteras nacionales de países en donde los matrimonios del mismo sexo son legales.¹¹³ El hecho de que esta legislación se aplique sólo sobre extranjeros releva la comprensión del gobierno ruso de la homosexualidad como “un problema importado de afuera”.

Diferentes organismos y comités de las Naciones Unidas han expresado su preocupación sobre la situación de las personas LGBTI en Rusia. En noviembre de 2012, el Comité contra la tortura de las Naciones Unidas publicó un informe sobre la aplicación efectiva de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes en el que critica a Rusia por no prevenir el elevado índice de crímenes de odio contra las personas LGBTI.¹¹⁴ En 2012, el Comité de Derechos Humanos estimó que la persecución y detención por parte de las autoridades de Ryazan de Irina Fedetova, mujer lesbiana que colgó un cartel cerca de una escuela diciendo “la homosexualidad es normal”, constituye una violación de sus derechos humanos de acuerdo con el art.19.2, que regula la libertad de expresión, en conjunto con el art.26, que establece la igualdad ante la ley, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificados por la entonces Unión Soviética en 1973.¹¹⁵

Conviene recordar que, además, Rusia es miembro del Consejo de Europa desde 1996, tras comprometerse a la observancia de los derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. En junio de 2012, algunos miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa publicaron una declaración sobre la violación de los derechos de las personas LGBTI en Rusia, requiriendo a las autoridades rusas “a respetar, antes que violar, los derechos de las personas LGBTI” y al Comité de Ministros a presionar a Rusia en sus obligaciones en cuanto Estado miembro del Consejo de Europa. A este respecto, se le solicitó a la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, creada para la vigilancia de las legislaciones de los Estados miembros y su

contra las personas LGBTI. <http://www.policymic.com/articles/58649/russia-s-anti-gay-law-spelled-out-in-plain-english>

¹¹³ SMITH, B. *Op.cit.*p.3

¹¹⁴ NACIONES UNIDAS. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Concluding observations on the fifth periodic report of the Russian Federation, adopted by the Committee at its forty-ninth session. (29 de octubre-23 de noviembre 2012)*. Diciembre de 2012

¹¹⁵ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. CCPR/C/106/D/1932/2010

compatibilidad con los objetivos de promoción de la democracia y los derechos humanos del Consejo de Europa, una opinión sobre las recientes leyes anti-propaganda de la homosexualidad en Rusia, Ucrania y Moldavia¹¹⁶. La Comisión de Venecia consideró que “las disposiciones que prohíben la propaganda de la homosexualidad son incompatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos y con las normas internacionales de derechos humanos”, recomendando “la derogación de dichas disposiciones”.¹¹⁷ En mayo de 2013, el Secretario General del Consejo de Europa, Thorbjørn Jagland, señaló que el gobierno ruso debe defender el derecho humano a la libertad de expresión declarando que: “las autoridades tienen la obligación de asegurar que las personas LGBTI puedan expresar su opiniones y tener sus manifestaciones.[...] Se trata de un principio fundamental de la Convención Europea de Derechos Humanos”¹¹⁸.

El Parlamento Europeo aprobó, en junio de 2013, una resolución instando a las autoridades rusas a “evitar la aprobación de la legislación federal sobre propaganda homosexuales, que puede aumentar la discriminación y la violencia contra las personas LGBTI”¹¹⁹ Además, los miembros del Intergrupo parlamentario por los derechos de las personas LGBTI han declarado que la nueva legislación rusa supone un ataque a la democracia, al Estado de Derecho y al respeto a los derechos humanos y han requerido al Consejo de Ministros del Consejo de Europa que considere la suspensión del derecho a voto de Rusia en el mismo de acuerdo con el artículo 8 de su Estatuto¹²⁰.

Tras las presiones recibidas por parte del Consejo de Europa y de la Unión Europea tras las recientes reformas legislativas, el presidente Vladimir Putin ha declarado que “no se trata de imponer sanciones sobre la homosexualidad, sino de proteger a los niños y niñas de tal información [...] Les solicitamos que

¹¹⁶ COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO. *Opinion on the issue of the Prohibition of so-called ‘Propaganda of Homosexuality’ in the Light of Recent Legislation in Some Member States of the Council of Europe*, Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session (Venice, 14-15 June 2013)

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ AGENCIA REUTERS. Council of Europe head says Russia must protect LGBT rights’, *Reuters*, 22 May 2013

¹¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO. *Motion for a Resolution on the Rule of law in Russia (2013/2667(RSP))*

¹²⁰ PARLAMENTO EUROPEO. Intergroup on LGBT rights. Nota de prensa: Hold Putin to account at G20 and Council of Europe. 30 de Agosto de 2013. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/hold-putin-to-account-at-g20-and-council-of-europe/>

no interfieran en nuestro gobierno”¹²¹. Por su parte, el líder de la Iglesia Ortodoxa rusa mostró su apoyo a la reforma a través de su líder Patriarch Kirill que expresó que la Iglesia debe recordar a las personas que la homosexualidad es “un pecado ante Dios”¹²².

Desde una óptica social, la opinión pública de Rusia (junto con la de Ucrania, Rumanía y Turquía) es la más hostil contra los derechos de las personas LGBTI en Europa, con más de un 70% de desacuerdo con el hecho de que las personas puedan vivir libremente su sexualidad independientemente de su orientación sexual e identidad de género¹²³. Estas modificaciones legislativas tienen un impacto directo en el aumento de la homofobia, bifobia y transfobia en la sociedad rusa. De acuerdo con el grupo de defensor de derechos humanos Sova, que registra los sucesos de violencia extrema, la violencia homofóbica y el número de asesinatos por motivos de orientación sexual e identidad de género de las víctimas se ha disparado dramáticamente en Rusia tras la aprobación de las recientes reformas¹²⁴.

1.5.c) Las leyes contra la “propaganda de la homosexualidad” en Ucrania, Hungría, Moldavia, Lituania y Letonia

En otras zonas de Europa también se está viviendo un paulatino auge de la homofobia institucionalizada. En Ucrania, se presentaron dos proyectos de ley en 2011 y 2012 para introducir la figura delictiva de la “propaganda de la homosexualidad”, en la que se incluye la celebración de reuniones, desfiles, acciones, manifestaciones y actos multitudinarios orientados a la distribución intencional de información positiva de todo tipo sobre la homosexualidad, previéndose penas de multa y de hasta cinco años de prisión. En mayo de 2012, El Comité para la Libertad de Expresión e Información ucraniano

¹²¹ GUNEEV, I. *Putin Signs Anti-Gay Law Bill Into Law*. 30 de junio de 2013. RIANOVOSTI. Disponible en: <http://en.ria.ru/russia/20130630/181970032.html>

¹²² AGENCIA REUTERS. *Council of Europe head says Russia must protect LGBT rights*. Disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/05/22/us-russia-europe-lgbt-idUSBRE94L0IY20130522>

¹²³ CONSEJO DE EUROPA. *Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*. 2011, p.25

¹²⁴ AGENCIA REUTERS. *Council of Europe head says Russia must protect LGBT rights*. Disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/05/22/us-russia-europe-lgbt-idUSBRE94L0IY20130522>

recomendó la adopción de la ley, votándose en el Parlamento ucraniano en primera lectura en octubre del mismo año con una abrumadora mayoría a favor. Si pasara en segunda votación y fuera firmada por el Presidente, la ley modificaría las actuales leyes sobre “la protección de la moral”, los medios de comunicación y editoriales, así como el Código Penal constituyendo un delito cualquier mención pública de la homosexualidad¹²⁵.

De acuerdo con ILGA, a espera de la segunda votación, pospuesta a una fecha posterior a las elecciones generales, varias organizaciones de derechos humanos, representantes oficiales de la Unión Europea, el Consejo de Europa, Naciones Unidas y la OSCE (la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), el Defensor del Pueblo ucraniano y el representante oficial del Ministerio ucraniano de Asuntos Exteriores así como varios políticos y figuras públicas han condenado la ley.¹²⁶ Además, el Comisario para la Ampliación y Políticas de Vecindad Europea, Štefan Füle, ha declarado que “tal iniciativa legislativa entra en contradicción con los requisitos de los puntos de referencia más relevantes del Plan de Acción (de Liberalización de visados Unión Europea-Ucrania)”.¹²⁷

Por otra parte, el Parlamento Europeo ha condenado la violencia y las amenazas que rodearon los actos del Orgullo Gay de Kiev del 20 de mayo de 2012, en los que dos líderes de los actos del Orgullo Gay sufrieron una paliza, lo que dio lugar a que se suspendiera el desfile, recordando que “los acuerdos de la UE están supeditados a la condición del respeto de los derechos fundamentales consagrados en los Tratados, por lo que pide a Ucrania que promulgue actos legislativos para prohibir la discriminación, incluida la discriminación en razón de la orientación sexual”.¹²⁸

Los intentos del gobierno del presidente Viktor Yanukovych de desarrollar una legislación antidiscriminatoria, para estar en línea con las legislaciones de los países vecinos de la Unión Europea, no consigue la mayoría necesaria en

¹²⁵ ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit.p.81

¹²⁶ *Ibidem*

¹²⁷ PARLAMENTO EUROPEO. INTERGRUPO PARLAMENTARIO SOBRE DERECHOS LGBTI. European Commission: Ukraine's anti-gay law obstacle to visa-free travel. 7 DE DICIEMBRE DE 2012. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/european-commission-ukraines-bill-8711-obstacle-to-eu-ukraine-visa-agreement>

¹²⁸ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP))p.12

el Parlamento ucraniano. En mayo de 2013, la propuesta de ley contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el ámbito laboral, fue pospuesta de forma indefinida tras la firme oposición del Partido Comunista y del Grupo Nacionalista Svoboda, de fuerte arraigo en las regiones católicas.¹²⁹

Por otra parte, en Hungría la derecha xenófoba, racista y homogóbica está ganando aceptación social y representación política. De acuerdo con el Parlamento Europeo, el partido húngaro de extrema derecha *Jobbik* ha presentado varios proyectos de ley destinados a introducir la nueva figura delictiva de "propaganda de comportamientos sexuales desajustados"¹³⁰. Además, el partido conservador *Fidesz* presentó en el Ayuntamiento de Budapest una ordenanza local para "limitar las manifestaciones obscenas" antes de la celebración del Orgullo Gay de Budapest¹³¹.

En enero de 2013, entró en vigor la nueva Constitución húngara. En ella no se recogen como motivos por los que se prohíbe la discriminación la orientación sexual ni la identidad de género, protegidas de forma implícita en la mención de "otros motivos". Sin embargo, la nueva Constitución sí que restringe el matrimonio a la unión entre hombre y mujer¹³². En este sentido, conviene recordar que, además, el Parlamento húngaro aprobó la Ley para la Protección de las Familias de 2011 (ACT CCXI) en cuya sección VII define la familia como "un sistema de relaciones que genera una comunidad económica y emocional de personas naturales, basada en el matrimonio de un hombre y una mujer".¹³³

Por último, conviene destacar que las leyes contra la "propaganda de la homosexualidad" también se han aprobado o propuesto en Moldavia, Lituania y Letonia. En Moldavia, las ciudades de Bălți, Sorochi, Drochia, Cahul, Ceadâr-Lunga y Hiliuți, y los distritos de Anenii Noi y Basarabeasca han promulgado

¹²⁹ PINK NEWS. *Ukraine: Parliament drops gay anti-discrimination bill as hundreds protest against it*. 14 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.pinknews.co.uk/2013/05/14/ukraine-parliaments-drops-gay-anti-discrimination-bill-as-hundreds-protest-against-it/>

¹³⁰ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP)).I.H

¹³¹ *Ibidem*.I.H

¹³² ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit.p.82.

¹³³ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. *Hungary: Information on legislative changes regarding sexual minorities, including their implementation*. 19 de junio de 2013. HUN104467.E, Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/51e4f7364.html>

leyes para prohibir la “propaganda agresiva de orientaciones sexuales no tradicionales”. La Cancillería del Estado de Chetris ha declarado la inconstitucionalidad de estas medidas¹³⁴.

También en Lituania permanece incierto si la información pública puede promover o no la aceptación de la homosexualidad, de acuerdo con la Ley lituana relativa a la protección de los menores contra los efectos perjudiciales de la información pública modificada en 2010. En Letonia, un concejal de Riga presentó una moción para prohibir la “propaganda de la homosexualidad” con el objetivo de impedir la celebración de la marcha del Orgullo Báltico de 2012¹³⁵.

1.5.d) La orientación sexual y la identidad de género en la República Turca

En la República de Turquía las relaciones homosexuales están despenalizadas desde el Código Penal de 1858. En la actualidad, la edad necesaria para el consentimiento válido en las relaciones sexuales, tanto homosexuales como heterosexuales, es de 18 años. Sin embargo, las disposiciones del actual Código Penal turco sobre “exhibicionismo público” y “ofensas contra la moralidad pública” se han aplicado para discriminar a la población turca LGBTI, tal como indica un informe de la Comisión Europea de octubre de 2009 sobre los principales desafíos de la estrategia de ampliación.¹³⁶

El ejército turco sigue discriminando abiertamente en el acceso al servicio militar, obligatorio para todos los hombres ciudadanos turcos de entre 18 y 41 años. Debida a la comprensión heteronormativa de la sexualidad y binaria del género, los homosexuales que ejerzan un rol pasivo en las relaciones sexuales no pueden acceder al servicio militar; mientras que sí pueden hacerlo los homosexuales que ejerzan un rol activo y los bisexuales¹³⁷. Además, al no

¹³⁴ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP))I.E

¹³⁵ *Ibidem*. I.F et G.

¹³⁶ COMISIÓN EUROPEA. Turkey 2009 Progress Report. Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010. COM(2009) 533p.26

¹³⁷ BBC NEWS. “Proving you're gay to the Turkish army”. 26 marzo de 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-17474967>

reconocerse el derecho a la objeción de conciencia, como denuncia la ONG Human Rights Watch, tienen que identificarse como enfermos y seguir un “humillante y degradante” proceso para probar su homosexualidad.¹³⁸ En este sentido, la Comisión Europea ha declarado que “las fuerzas armadas turcas tienen una regulación sanitaria que define la homosexualidad como una enfermedad “psicosexual” e identifica a los homosexuales como inapropiados para el servicio militar. Aquellos que declaren su homosexualidad tienen que proporcionar material fotográfico probatorio. Algunos tienen que pasar por exámenes médico humillantes”.¹³⁹

Además, se han registrado un elevado índice de casos de discriminación en el lugar de trabajo, donde muchos trabajadores LGBTI han sido despedidos por su orientación sexual o identidad de género.¹⁴⁰ A pesar de los esfuerzos del gobierno turco de armonizar la legislación con el acervo comunitario, no se ha aprobado en la actualidad ninguna legislación que proteja a las personas LGBTI en los ámbitos laboral, educativo o sanitario. En agosto de 2013, cuatro de los principales partidos políticos del Parlamento turco, incluyendo a los kurdos secularistas, a los conservadores y a los nacionalistas, acordaron introducir la protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual en la Constitución. Sin embargo, el borrador no fue aprobado alegándose falta de concurrencia con otros sujetos de protección.¹⁴¹

En cualquier caso, la sociedad turca sigue siendo una de las más homofóbicas y transfóbicas de Europa. Las personas LGBTI se enfrentan a la discriminación, el acoso y la violencia de sus parientes, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, empleados, profesores e incluso miembros de la policía turca. La homosexualidad es considerada como un tabú en la sociedad turca, donde se ha constatado la existencia de “crímenes de honor”, principalmente a mujeres, por adoptar comportamientos sexuales considerados inmorales. La

¹³⁸ HUMAN RIGHTS WATCH. “Turkey: Homophobic Violence Points to Rights Crises” Hrw.org. 21 de mayo de 2008. p.1 Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2008/05/21/turkey-homophobic-violence-points-rights-crisis>

¹³⁹ COMISIÓN EUROPEA. Turkey 2009 Progress Report. Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010. COM(2009) 533p.26

¹⁴⁰ Ibídem

¹⁴¹ No es de extrañar de acuerdo con las declaraciones de la ex Ministra en Asuntos de la Mujer y de la Familia por las que expresaba que “la homosexualidad es un desorden psicológico y una enfermedad que requiere tratamiento”, en 2010. Disponible en: <http://www.hurriyet.com.tr/pazar/14031207.asp>

muerte de Ahmet Yildiz, hombre homosexual de 26 años asesinado por miembros de su familia por causa de su orientación sexual, llamó la atención a la comunidad internacional sobre el alto índice de asesinatos de honor perpetrados en Turquía.¹⁴² De acuerdo con la ONG Human Rights Watch, las personas LGBTI se enfrentan en Turquía cada día a palizas, robos, acoso policial y amenazas de muerte.¹⁴³

Además, como subraya la Comisión Europea, “la homofobia ha provocado múltiples casos de violencia física y sexual. Los asesinatos de personas transgénero y de travestis es un preocupante desarrollo [...] Sin embargo, los tribunales han aplicado de forma frecuente el principio de “provocación injusta” a favor de los perpetradores de crímenes contra transexuales y travestis”.¹⁴⁴

A tenor de los datos extraídos de un estudio realizado por el profesor en medicina forense de la Universidad de Estambul, SÖZEN.S, doctor especializado en violencia sexual perteneciente a la Unidad de Ciencias Forenses del Ministerio de Justicia turco, el 37% de gays y lesbianas entrevistados confirman haber sufrido violencia física y el 28% violencia sexual. Entre las personas transgénero encuestadas, el 89% había sufrido violencia física y el 52% violencia sexual. De todos ellos, sólo el 42% de las víctimas buscó ayuda y el 26% denunció ante la policía. Menos de un sexto de los encuestados afirmaron que su caso había sido adecuadamente procesado por el sistema judicial turco.¹⁴⁵

2. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en África

2.1. La criminalización de la homosexualidad en África

¹⁴² BIRCH, N. "Was Ahmet Yildiz the victim of Turkey's first gay honour killing?". *Independent* 19 de julio de 2009

¹⁴³ HUMAN RIGHTS WATCH. "Turkey: Homophobic Violence Points to Rights Crises" Hrw.org. 21 de mayo de 2008. p.1 Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2008/05/21/turkey-homophobic-violence-points-rights-crisis>

¹⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA. Turkey 2009 Progress Report. Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010. COM(2009) 533p.26

¹⁴⁵ SÖZEN, S. Estudio no publicado, recogido por HUMAN RIGHTS WATCH. "Turkey: Homophobic Violence Points to Rights Crises" Hrw.org. 21 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2008/05/21/turkey-homophobic-violence-points-rights-crisis>

Desde una perspectiva jurídica, África es el continente que presenta el mayor índice de criminalización de la homosexualidad. En 36 de los 54 países africanos existen leyes que penalizan la homosexualidad masculina, en algunos casos con la pena de muerte y en la mayoría con severas penas de prisión.¹⁴⁶ La homosexualidad femenina, por su parte, queda también penalizada por ley en 27 países africanos.

En términos globales, los países africanos que castigan la homosexualidad en sus sistemas legislativos son: Angola, Argelia, Botsuana, Burundi, Camerún, Comoras, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Lesoto, Liberia, Libia, Malawi, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nigeria, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Suazilandia, Sudán, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda, Zambia y Zimbabue. La pena de muerte como condena a los actos homosexuales se contempla en 12 estados del norte de Nigeria, en partes meridionales de Somalia, en Mauritania y Sudán.¹⁴⁷ Además, en Uganda la recién aprobada ley de anti-homosexualidad contempla la cadena perpetua para la “homosexualidad agravada”.

Un dato indicativo del alto grado de homofobia institucionalizada es la relación de votos de los países africanos en la votación, por segunda vez en marzo de 2011, de la Declaración Conjunta sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas, que persigue entre uno de sus fines la despenalización de la homosexualidad. Sólo 11 países africanos votaron a favor: Gabón, Santo Tomé y Príncipe, Mauricio, República Centroafricana, Cabo Verde, Guinea Bissau, Angola, República Sudafricana, Seychelles, Ruanda y Sierra Leona, 13 países africanos se abstuvieron y 28 países africanos votaron en contra de la Declaración.

En contra de los procesos de despenalización que, a diferentes ritmos y con sus particularidades, están teniendo lugar en todas las regiones del mundo, la tendencia actual de muchos países africanos consiste en recrudecer el sistema de leyes punitivas contra la homosexualidad. En este sentido, el Senado de Liberia está debatiendo una propuesta para ampliar la pena impuesta para

¹⁴⁶ BUMANN, L. et ROWLAND, J.M. (Miembros del Consejo Pan-África ILGA). "La homofobia política y de esta está aumentando en la última década." En ILGA. *Informe de Estado. Op.cit.* p. 33

¹⁴⁷ ILGA. *Informe de Estado. Op.cit.* p.20

castigar las relaciones entre personas del mismo, ya penalizada en la legislación vigente. En Nigeria, se pretende penalizar el funcionamiento y el mantenimiento de ciertas organizaciones, así como sus reuniones o marchas¹⁴⁸.

El Parlamento de Uganda, por su parte, aprobó el 20 de diciembre de 2013 la Ley de la anti-homosexualidad cuyo proyecto fue presentado en 2009. La pena de muerte con que se castigaba la *homosexualidad con agravantes* en el texto original ha sido sustituida por la cadena perpetua. Entre los *homosexuales con agravantes* se encuentran los *reincidentes* y cualquier persona portadora del VIH/SIDA que hayan mantenido relaciones sexuales con otra persona del mismo sexo, incluso con consentimiento mutuo y utilizando métodos de protección. Además, en la Ley de la anti-homosexualidad ugandesa se condena la “propaganda de la homosexualidad” y se contempla la cadena perpetua para aquellas personas que contraigan matrimonio con personas del mismo sexo.¹⁴⁹

Los recientes casos de penalización de la homosexualidad han propiciado el agravamiento del tratamiento social de la homosexualidad en toda África que, de acuerdo con ILGA, “ya estaba caracterizado por el acoso, la humillación, la extorsión, los arrestos arbitrarios, el encarcelamiento judicial violento, la tortura, los delitos de odio y los asesinatos de honor basados en la orientación sexual y la identidad de género”.¹⁵⁰

La situación de violencia y persecución sufrida por las personas LGBTI en África supone una preocupación compartida a nivel internacional de acuerdo con las múltiples declaraciones realizadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, y por el Consejo de Derechos Humanos, conforme a su resolución 17/19 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁵¹.

¹⁴⁸ ¹⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 5 de julio de 2012, sobre los actos de violencia cometidos contra las lesbianas y los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) en África (2012/2701(RSP)) Apto.O

¹⁴⁹ AMNISTIA INTERNACIONAL. *Aprobada ley anti-homosexualidad en Uganda*. 08 de enero de 2014. Disponible en: www.es.amnesty.org/actual/acciones/uganda-ley-anti-homosexualidad/

¹⁵⁰ ILGA. Informe de Estado. *Op.cit.*p.33

¹⁵¹ Para conocer las declaraciones del Secretario General de las Naciones Unidas y de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos véase *Combating discrimination based on sexual orientation and gender identity - Speeches and statements*.

Necesaria atención requiere la doble discriminación sufrida por las mujeres en África, tanto por motivo del género como por el de la orientación sexual. El Parlamento Europeo ha manifestado, en una resolución de 5 de julio de 2012, que “cada vez hay más casos de estigmatización y de violencia contra mujeres lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales por parte de las fuerzas del Estado o de las fuerzas policiales, por sus familias y por los miembros de la comunidad en África”.¹⁵²

En Camerún, se sigue registrando un alto índice de palizas propinadas a mujeres lesbianas. En febrero de 2012, tres mujeres fueron procesadas por realizar prácticas homosexuales, mientras que la abogada Alice Nkhom sigue amenazada de muerte por defender a personas acusadas de homosexualidad.¹⁵³ En Malawi, la homosexualidad femenina se prohibió legalmente en enero de 2011.

A pesar de que, a nivel jurídico, algunos países africanos han sido pioneros en la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas LGBTI, la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género siguen muy latentes en las sociedades y en las familias de todo el continente africano. Sirva de ejemplo que la Constitución de Sudáfrica de 1996 fue la primera del mundo en prohibir la discriminación por razones de orientación sexual y que este mismo país ha sido el promotor de la citada resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos.

Sin embargo, en este mismo país se da un elevado registro de *violaciones correctivas* a mujeres lesbianas y transgénero y “los debates que se están manteniendo sobre la protección constitucional de las personas perseguidas por su orientación están avivando la violencia contras las personas LGBTI”.¹⁵⁴ Entre las últimas víctimas LGBTI sudafricanas, como ha denunciado el Parlamento Europeo, se encuentran Thepelo Makutle, activista homosexual torturado y asesinado, Phumeza Nkolonzi, lesbiana de 22 años que recibió un

Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTSpeechesandstatements.aspx>

¹⁵² PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 5 de julio de 2012, sobre los actos de violencia cometidos contra las lesbianas y los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) en África (2012/2701(RSP)).

¹⁵³ *Ibidem.* apdo. L

¹⁵⁴ *Ibidem.* apdo.P

tiro en la cabeza a causa de su orientación sexual, y Neil Daniels, apuñalado, mutilado y quemado vivo por su homosexualidad.¹⁵⁵

2.2. Los principales factores de la homofobia y de la transfobia en África

El análisis de la arraigada discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género en África, y de su actual y constante incremento, requiere la toma en consideración de un amplio abanico de factores históricos, sociológicos y jurídicos en una región tan compleja y extensa como la conformada por el continente africano.

Conviene partir de la premisa de que, de acuerdo con la investigación realizada por EPPRECHT, y en contra de la opinión de las élites políticas actuales de muchos países africanos que consideran de *no africana* la homosexualidad, existen testimonios históricos y antropológicos que constatan que la sexualidad entre personas del mismo sexo ha existido a lo largo del territorio Africano desde antes de los árabes y de los europeos¹⁵⁶.

De este modo, aunque el matrimonio heterosexual fecundo tenía una valoración elevada y predominante en las sociedades tradicionales africanas, ya que aportaba a la comunidad beneficios económicos, políticos y espirituales, “también se aceptaba la necesidad de acomodar y flexibilizar las excepciones de ese ideal”, permitiéndose en muchas culturas africanas tradicionales el mantenimiento de relaciones sexuales y afectivas con personas del mismo sexo.¹⁵⁷

Una de las razones principales de este cambio en el tratamiento de la diversidad sexual en África responde a los efectos del colonialismo y a la evangelización del continente por los misioneros cristianos a lo largo del siglo XIX. Siguiendo a HEINZE, la primera revolución global sexual no tuvo lugar en la década de 1960 si no desde el siglo XVI al XIX a través del colonialismo europeo.¹⁵⁸ Igual que ocurrió en las metrópolis, los nativos de Asia, África y

¹⁵⁵ *Ibidem.* apdo. P

¹⁵⁶ EPPRECHT, M. “Understanding homophobia in Africa today”. *Struggle for Equality. Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights in Africa.* Perspectives. N°4. Heinrich Böll Stiftung. 2010. p. 10

¹⁵⁷ *Ibidem.* p.13.

¹⁵⁸ HEINZE, E. *Op.cit.* p.305.

América fueron castigados, torturados y condenados a la hoguera por prácticas sexuales consideradas “desviadas” o “pecaminosas”.

En este sentido, existe un amplio consenso entre los teólogos africanos de que la versión autorizada de la Biblia por el Rey Jacobo, una de las principales fuentes utilizadas para la evangelización, contiene múltiples referencias contra la homosexualidad.¹⁵⁹ Aunque es incontestable la labor de muchos misioneros en África, y del colonialismo en su conjunto en el desarrollo de nuevos patrones para la industria y el comercio así como para el establecimiento de la base de los sistemas actuales educativo y sanitario, también a menudo fueron los promotores de legislaciones racistas, del trabajo forzoso, de la apropiación arbitraria de tierras y de una erradicación violenta de aspectos fundamentales de la cultura africana, incluyendo en esta la sexualidad.¹⁶⁰

Desde una óptica jurídica, destaca la introducción de la penalización de la homosexualidad a través de los Códigos penales aprobados en el Imperio británico para las colonias. El Código Penal indio, redactado en 1837 por el parlamentario británico Thomas Babington Macaulay, cuyo art. 377 condena los “contactos carnales en contra del orden de la naturaleza con cualquier hombre, mujer o animal”, fue ampliamente extendido por el resto de colonias del Imperio británico de Asia y África.¹⁶¹ Otro cuerpo normativo penal, también influyente en las antiguas colonias británicas, fue el proyecto de Código Penal inglés solicitado a James Fitzjames Stephen, presentado ante el Parlamento británico en 1879, que también condenaba los actos *contra natura*. A pesar de que dicho Código nunca fuera aprobado en el Reino Unido, supuso la base para la redacción del Código Penal de Canadá de 1892, para el Código Penal de Nueva Zelanda de 1893 y para el Código Penal de Queensland, en Australia, de 1899. Este Código fue adoptado en Nigeria del Norte en el siglo XIX, para convertirse después en el Código Penal Federal de Nigeria en 1916.

En Kenia, Uganda y Tanzania se aplicó en primer lugar el Código Penal indio, para después adoptarse el Código Penal de Queensland. Sin embargo en Sudán se mantuvo el Código Penal indio y en 1960, Nigeria del Norte

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 13.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p.13

¹⁶¹ SANDERS, E.D. “377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia”. *Asian Journal of Comparative Law*. Vol.4. nº1. 2009. p.9

aprobó un Código Penal separado tomando como referente el Código Penal sudanés.¹⁶²

Como destaca SANDLERS, el Código Penal de Queensland fue también adoptado ampliamente en regiones no africanas de la Comunidad Británica de Naciones, la Commonwealth, como por ejemplo en Chipre en 1928 y en Palestina en 1936. Además, también supone la base del Código Penal israelí y su consideración de actos *contra natura* de los actos homosexuales fue transmitida a los Códigos penales de Siria, Líbano, Marruecos, Mauritania y Bahrein.¹⁶³

Otro de los factores esenciales para entender esta diferenciación entre África y Occidente en torno al tratamiento de la sexualidad puede encontrarse en el impacto de las políticas neo-colonialistas y en la profunda crisis económica que ha abocado al continente entero al hambre, a la extrema pobreza y a la propagación de enfermedades de transmisión sexual. La situación económica y política de la gran mayoría de países africanos ha permitido la creación de élites locales que en el proceso de demonización de Occidente ven en la estigmatización de la homosexualidad un sello diferenciador de identificación, considerando la homosexualidad como una imposición exterior occidental.

La paradoja fundamental reside en que la percepción de la conducta homosexual como “no africana” es promocionada por las élites políticas anti-occidentales sobre la base de suposiciones coloniales europeas concebidas como ancestrales. Sirva de ejemplo que tanto el Código penal de Kenia¹⁶⁴ como el de Singapur¹⁶⁵, países que no habían mantenido relaciones significantes entre ellos con anterioridad a la época colonial, condenan “el conocimiento carnal contra el orden natural”. Como destaca HEINZE, estos términos responden más a la interpretación victoriana del pasaje de Sodoma y Gomorra del Antiguo Testamento que a algo que pueda denominarse “valores tradicionales africanos” o “valores tradicionales asiáticos”.¹⁶⁶

¹⁶² HUMAN RIGHTS WATCH. *This Alien Legacy: The Origins of “Sodomy” Laws in British Colonialism*. 2008. Disponible en: www.hrw.org/en/reports/2008/12/17/alien-legacy-0

¹⁶³ SANDLERS, E.D. *Op.cit.* p.13

¹⁶⁴ KENIA. Laws of Kenya 1985. Art 162. Unnatural Offences. SINGAPUR. Statues of the Republic of Singapore 1986. art. 377 Unnatural Offences.

¹⁶⁵ SINGAPUR. Statues of the Republic of Singapore 1986. art. 377 Unnatural Offences.

¹⁶⁶ HEINZE, E. *Op.cit.*p.307.

Y aunque, en cualquier caso, no es posible afirmar que con anterioridad a la época colonial existían sociedades en donde primaba la libertad sexual sin restricciones de ningún tipo, cuando las actuales élites políticas hablan de la condena a la homosexualidad como propia de sus ancestros están perpetuando la herencia colonial. Al fin y al cabo, como subraya GREENBERG, la consideración de las minorías sexuales como “no africanas”, o “no asiáticas” es consecuencia de la incorporación del racismo colonial europeo¹⁶⁷, dado que consiste en lo mismo que los europeos fueron acusados de hacer: en ignorar la existencia de miles de diferentes pueblos africanos y asiáticos, a lo largo de miles de años de historia, cada uno con sus propios patrones evolutivos de normas sociales y sexuales.

Por último, es necesario destacar que la extrema pobreza que se sufre en África constituye, además, en la actualidad el caldo de cultivo idóneo para la propagación de nuevas Iglesias como el Pentecostalismo, de corte autónomo y fundamentalista. Esta interrelación entre fundamentalismo religioso y homofobia es clave para entender el auge de esta última tanto a nivel social como jurídico. La ILGA denuncia que “se pueden encontrar ejemplos de muchos lugares de África, como Botsuana, Uganda, Nigeria y Malawi, donde las iglesias, mezquitas y otras comunidades religiosas populares están ayudando e incitando a sus gobiernos a promulgar leyes para penalizar la homosexualidad, llegándose a contemplar en algunos casos la petición de la pena de muerte”.¹⁶⁸

3. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en los países árabes

3.1. Apuntes sobre la diversidad sexual y de género en las sociedades árabes

En la lengua árabe las palabras más comunes que se utilizan para describir a los homosexuales son *shodoud*, que significa perverso, y *lewath*, que significa sodomítico en el sentido de *desviado* o de *no natural*.¹⁶⁹ En los países del Magreb, del Máshrek y de la península arábiga, regiones integrantes del

¹⁶⁷ GREENBERG, D. *The Construction of Homosexuality.*, 1988. Caps 2-5.

¹⁶⁸ ILGA. *Homofobia de Estado. Op.cit.* p.35

¹⁶⁹ ILGA. *Homofobia de Estado. Op.cit.*p.15

denominado mundo árabe, las cuestiones sobre la diversidad sexual y la identidad de género suponen una amenaza al régimen patriarcal sostenido sobre la concepción heteronormativa de la sexualidad y binaria del género.

Desde una óptica sociológica e histórica de la realidad sexual predominante en los países árabes, destaca la frecuente presencia del homoerotismo tanto en la actualidad como a lo largo de la historia. De acuerdo con SCHMIDTKE, “la existencia de las prácticas homosexuales en el mundo árabe queda constatada por múltiples fuentes como novelas, poemas, literatura *adab* y bibliografía médica y legal”.¹⁷⁰ En la poesía árabe clásica se celebra el deseo homosexual masculino, siendo incluso más habitual que las expresiones de atracción a las mujeres.¹⁷¹ Conviene recordar que uno de los poetas árabes más significativos, Abu Nawas, era abiertamente homosexual y que la obra más popular de la literatura árabe medieval, *Las mil y una noches*, recoge múltiples referencias al deseo homosexual.

Entre las razones principales que propician el homoerotismo masculino en la sociedad de los países árabes parece hallarse la estricta diferenciación de géneros y la prohibición de realizar actos sexuales antes del matrimonio. En consecuencia, el tratamiento social de la homosexualidad en los países árabes se caracteriza principalmente por dos elementos fundamentales: la negación colectiva y el sistema patriarcal sobre el que se asienta.¹⁷²

De este modo, en primer lugar, el homoerotismo en los países árabes queda reducido al más íntimo de los ámbitos “en tanto que los sujetos que mantienen actos homosexuales como la sociedad en su conjunto niegan o no reconocen la existencia de tales actos”.¹⁷³ Conviene recordar, a modo de ejemplo, el famoso discurso del Presidente de Irán Mahmoud Ahmadinejad, en la Universidad de Columbia en Nueva York, en el que aseguraba que “en Irán no tenemos homosexuales como en su país”.¹⁷⁴ Este rechazo social de la homosexualidad tiene como base principal la clara división de las esferas de lo

¹⁷⁰ SCHMIDTKE, S. “Homoeroticism and Homosexuality in Islam: A Review Article”. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* Vol.62. Nº 02 . Junio1999, pp 260-266

¹⁷¹ MARTIN, R.C. *Encyclopedia of Islam and the Muslim World*. 2004, p.316.

¹⁷² NEEDHAM, J. “After the Arab Spring: A New Opportunity for LGBT Human Rights Advocacy?” *Duke Journal of Gender Law & Policy*. Vol. 20:287. 2013. p.288.

¹⁷³ NEEDHAM, J. *Op.cit.* p. 291.

¹⁷⁴ BBC NEWS. *Iran president in NY campus row*. 24 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7010962.stm>

público y de lo privado de la cultura árabe, en la que “el honor no se pierde por hacer algo sino por ser visto haciéndolo”.¹⁷⁵ Por ello, como ha subrayado NEEDHAM, la homosexualidad se convierte en un problema en los países árabes cuando el rechazo colectivo a su existencia es desafiado y las severas fronteras entre lo público y lo privado se ven amenazadas.¹⁷⁶

El segundo de los elementos que definen el tratamiento social de la homosexualidad en los países árabes es la estructura patriarcal jerárquica sobre la que reside, en la que prevalece la dominación del hombre sobre la mujer y del mayor sobre el joven. Igual que en otras culturas y civilizaciones, como en la Antigua Roma, en el mundo árabe las relaciones de poder se manifiestan en el desarrollo de la sexualidad, quedando patente el elemento esencial diferenciador entre el sujeto activo masculino y el sujeto pasivo femenino, independientemente de su sexo, dado que “las relaciones sexuales no pueden tener lugar entre iguales y necesariamente implican el ejercicio del poder”.¹⁷⁷

Sirva de ejemplo el pasaje “y cuando llegó la 391ª noche” de *Las mil y una noches*, en donde quedan perfectamente dibujadas las dinámicas de poder, tanto por el motivo del género o como por el de la edad, entre los sujetos del acto sexual. Dice así el pasaje: “si recurrimos ahora a la lógica pura, veremos que la razón confirma la tradición y la enseña. En efecto, si nos preguntamos sencillamente: ¿quién tiene la prioridad, el ser activo o el ser pasivo?”, la respuesta será sin duda alguna a favor del ser activo. Y el principio activo es el hombre, y la mujer es el principio pasivo. No hay que vacilar, por tanto. ¡El hombre se halla por encima de la mujer, y el joven es preferible a la joven!”.¹⁷⁸

Debido a esta distinción en los roles sexuales, en muchos países árabes, en donde, en términos generales, la sexualidad orbita alrededor de la genitalidad, el único considerado realmente como homosexual es el que adquiere el rol pasivo o “femenino” en la relación sexual, mientras que el sujeto activo mantiene su virilidad y, por tanto, su honor intactos. En este sentido, la relación

¹⁷⁵ SCHMITT, A. “Sexual Meetings of East and West: western Tourism and Muslim Immigrant Communities” *Sexuality and Eroticism among Males in Moslem Societies* 1992. p.125

¹⁷⁶ NEEDHAM, J. “After the Arab Spring: A New Opportunity for LGBT Human Rights Advocacy?” *Duke Journal of Gender Law & Policy*. Vol. 20:287. 2013. p.288.

¹⁷⁷ LAGRANGE, F. *Op.Cit.* p.173

¹⁷⁸ “. *Las mil y una noches*. Tomo III. Trad.MARDRUS, J.C. Vers. BLASCO IBÁÑEZ, V. Prometeo. 1899.

homosexual entre un hombre un adulto y otro subordinado a su autoridad, por la divergencia implícita de géneros o por la diferencia de edad, encuentra sentido en la sociedad jerarquizada y, como destaca LAGRANGE, “no pone en peligro el orden social”.¹⁷⁹ El estigma y el rechazo social recae, principalmente, sobre el sujeto que adquiere el rol pasivo al “deshonrar su masculinidad y comportarse de acuerdo con el modelo femenino”.¹⁸⁰

En cualquier caso, más allá de la aceptación social jerarquizada y relegada al estricto ámbito privado del homoerotismo, en ningún caso resulta aceptable la homofilia, en cuanto manifestación del amor entre dos personas del mismo sexo. No es concebible la constitución de relaciones afectivas duraderas y estables entre personas del mismo sexo a causa del papel central de la función procreadora del vínculo entre el hombre y la mujer y la disociación entre los planos afectivo y emocional del erótico en las relaciones homosexuales.

3.2. El tratamiento jurídico de la orientación sexual y de la identidad de género en los países árabes

Desde una óptica normativa, destaca la profunda interrelación del Derecho con la religión a través de la integración de normas religiosas islámicas en los ordenamientos jurídicos de los países árabes. Algunos de ellos tienen como única ley la ley islámica, la Sharia, mientras que otros tienen sistemas legislativos de corte occidental con marcada influencia islámica. El tratamiento punitivo de la homosexualidad en los países árabes, en cuanto países islámicos, responde a la interpretación de dos suras del Corán en los que se condena al pueblo de Lot por actos homosexuales.¹⁸¹ Además, los hadices, dichos atribuidos a Mahoma, también contienen declaraciones en contra de la homosexualidad.¹⁸²

¹⁷⁹ *Ibidem*.p.172

¹⁸⁰ SCHILD, M. “Islam”, *Sexuality and Eroticism Among Males un Moslem Societies*, 1992. p.185.

¹⁸¹ CORÁN. 7:80-84/ 26:160-175.

¹⁸² De acuerdo con uno de los hadices, Mahoma dijo: “Condenado por Alá es aquel que hace lo que la gente de Lot”. En otro afirma: “ningún hombre debe mirar las partes privadas de otro hombre, y ninguna mujer debe mirar las partes privadas de otra mujer, y dos hombres no deben dormir en la misma cama bajo una misma manta”. DURAN, K. *Homosexuality in Islam*. 1993. p.182

Existe un cierto consenso entre la mayoría de los juristas islámicos en que la homosexualidad contradice lo establecido en la Sharia o ley islámica, en la que es considerada como un pecado y como un delito. Sin embargo, la Sharia no dispone una condena determinada para los actos homosexuales, dependiendo ésta, por tanto, de la interpretación que sobre la misma realice cada una de las escuelas jurídicas islámicas existentes, y dejando, como destaca DURAN, al arbitrio de las autoridades locales la elección de la pena, que puede abarcar desde la multa, los latigazos, la pena de cárcel hasta la pena de muerte.¹⁸³

En países como Arabia Saudí, Mauritania, Sudán, Irán, Yemen y el sur de Somalia los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo son causa de pena de muerte. En Arabia Saudita la única ley aplicable es la Sharia. De acuerdo con una interpretación estricta de la misma se castiga la sodomía para un hombre casado con la muerte por lapidación, y para un hombre soltero con 100 azotes y el destierro por un año. Para un hombre que no sea musulmán y que cometa sodomía con un musulmán, la condena también es la pena de muerte por lapidación. No existe condena explícita para los actos sexuales entre mujeres, dada la invisibilidad, el ocultismo y la indiferencia en la que es tratada su sexualidad en la ley islámica. En cualquier caso, todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio, llamadas *Zina*, son ilegales, incluidas, entre aquellas, las relaciones sexuales entre mujeres¹⁸⁴.

En Yemen, el Código Penal de 1994 define la homosexualidad entre varones como la penetración anal, estableciendo en el art.264 que: “los varones solteros serán castigados con 100 latigazos o con una pena de prisión máximo de un año; los varones casados serán castigados con la muerte por lapidación”. En el art.268 se criminaliza la homosexualidad femenina, definida como estimulación sexual por fricción, estableciéndose la pena para los actos premeditados de hasta tres años de prisión; y cuando el delito haya sido cometido bajo coacción, se castigará a la culpable con una pena de prisión de hasta siete años¹⁸⁵.

¹⁸³ *Ibidem*. p.184.

¹⁸⁴ SCHMITT, A. et SOFER, J. *Sexualidad y Erotismo entre hombres en Sociedades Musulmanas*. Binghamton: Prensa Harrington Park p.141. En ILGA.*Homofobia de Estado*. *Op.cit.* p.67.

¹⁸⁵ YEMEN. Código Penal de 1994. En GERMAN BUNDESTAG: Printedpaper 16/3597, p.31. En ILGA.*Homofobia de Estado*. *Ibidem*.p.79.

En Sudán, el Código Penal de 1991¹⁸⁶ castiga fundamentalmente la penetración anal, persiguiendo tanto al sujeto que adopta el rol activo como el que adopta el rol pasivo. El art. 148, define la sodomía bajo los siguientes términos: “todo varón que inserte su pene, o equivalente, dentro del ano de una mujer o varón, o permitiera que otro varón le inserte su pene, o equivalente, en su ano, comete sodomía.” La pena son cien latigazos y prisión de cinco años. Para el supuesto de reincidencia la condena es pena de muerte o cadena perpetua. El art.151 condena los actos impúdicos, que no sean sodomíticos o que no supongan *Zina*¹⁸⁷, con “no más de cuarenta latigazos, y podrá también ser castigado con pena de prisión no superior a un año, o con una multa.” En Sudán del Sur, también se persiguen los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo, aunque de forma más moderada. El Código Penal de 2008 en su art. 208 establece para la pena de las *ofensas antinaturales*, un límite de 10 años de cárcel y la sanción con multa¹⁸⁸.

En Mauritania, el Código Penal de 1984 condena, en el art. 308 a todo varón musulmán adulto que cometa *un acto indecente o contra natura* con un individuo de su sexo será castigado con la pena de muerte por lapidación pública. Para los actos indecentes o contra natura mantenidos entre mujeres del mismo sexo remite al art.306 que dispone que: “toda persona que hubiere cometido un ultraje público al pudor y a las buenas costumbres islámicas o violado los lugares sagrados o ayudado a violarlos si esta acción no figurara en los delitos de la Ghissas o la Diya, será castigado a una pena correccional de tres meses a dos años de prisión y a una multa de entre 50.000 y 60.000 UM)”¹⁸⁹.

En Irán, país islámico no considerado propiamente país árabe, el Código Penal Islámico de 1991 dedica 27 artículos para penalizar la homosexualidad masculina y la femenina. Tanto para el sujeto activo como para el pasivo del

¹⁸⁶SUDÁN. Ley N°8, 1991. Disponible en: http://www.ecoi.net/le_upload/1329_1202725629_sb106-sud-criminalact1991.pdf

¹⁸⁷La ley islámica define zina como relaciones sexuales ilegales entre un hombre y una mujer que no se encuentran vinculados entre sí por el matrimonio. Comprende el sexo extramarital y el sexo prematrimonial.

¹⁸⁸ILGA. *Homofobia de Estado. Op.cit.p.58*

¹⁸⁹MAURITANIA. Ordennace N° 83-162 du 9 juillet 1983 portant institution d'un Code Penal. Journal Officiel de la Républiqueislamique de Mauritanie n° 608-609 Date de promulgation : 09.07.1983 date de publication : 29.02.1984 Ordonnance n° 83.162 pp. 112- 149. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/491c1ffc2.pdf>

acto sodomítico se establece la pena de muerte, siendo el juez de la Sharia “el que decide cómo llevar a cabo la ejecución” (art.110). Para el caso de que el sujeto sea inmaduro, la pena será de 74 latigazos (art.113). El testimonio de cuatro varones virtuosos que podrían haber observado el acto, pruebe la sodomía. Sin embargo, el testimonio de mujeres, ya sea por sí solas o junto a un hombre, no prueba la sodomía. (arts.117 y119). El acto de *frotación de los muslos o nalgas entre varones*, *Tafhiz*, es penado con 100 latigazos para cada uno. Si este acto se reitera y se castiga tres veces, a la cuarta es considerado sodomía (arts.122 y122). El *beso con lujuria* entre varones es castigado con 60 latigazos (arts.121 y124). La pena por lesbianismo es de 100 latigazos a cada parte involucrada (art129). Sin embargo, “si el acto de lesbianismo se realiza tres veces y se ha aplicado la pena en tres ocasiones, la cuarta vez será castigado con la muerte” (art. 131). Tanto en los casos en los que el reo confeso de sodomía o *Tafhiz* probadas o la reo confesa de lesbianismo probado se arrepienten tras su confesión, el Juez de la Sharia puede solicitar a la autoridad (Valie Amr) que lo perdone (arts.126 y 133).

Además, en otros 11 países árabes: Argelia, Egipto, Libia, Marruecos, Túnez, Líbano, Emiratos Árabes, Siria, Omán, Kuwait y Catar, los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo son causa de largas penas de cárcel y de cuantiosas multas.¹⁹⁰ Por ejemplo, en nuestro país vecino Marruecos, el Código Penal de 1962 condena a toda persona que cometa actos lascivos o *contra natura* con otra de su mismo sexo a pena de prisión de entre 6 meses y 3 años y multa de 120 a 1000 dirhames marroquíes, “salvo que en el caso concurren circunstancias agravantes”¹⁹¹. En Argelia, el Código Penal de 1966 dispone que: “toda persona culpable de un acto homosexual será castigada con pena de prisión de dos meses a dos años, y con una multa de 500 a 2.000 dinares argelinos”¹⁹². En Túnez, el Código Penal vigente de 1913 castiga la sodomía con una pena de prisión de tres años.¹⁹³

¹⁹⁰ Sin embargo en Bahrein, Djibouti, Jordania y Palestina, también países árabes, la homosexualidad nunca ha sido criminalizada.

¹⁹¹ MARRUECOS. Código Penal de 26 de Noviembre de 1962. art.489: “Est puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 1.000 dirhams, à moins que le fait ne constitue une infraction plus grave, quiconque commet un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe.”

¹⁹² ARGELIA. Código Penal. Ordenanza 66-156 del 8 de junio de 1966. Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7998>. ART. 338: “Tout coupable d'un acte d'homo-

Por su parte, en Libia, el Código Penal de 1953, modificado parcialmente por la Ley 40 de 2 de octubre de 1973, dispone para aquel que cometa una *acto indecente* con una persona del mismo sexo, o para aquel que se deje cometer tal acto, siendo el acto descubierto o dándose la comisión del acto en un lugar público, la pena de prisión de uno a cuatro años.¹⁹⁴ Mientras que en Egipto, a pesar de que no estén prohibidas las relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo con consentimiento y en privado, la Ley 10/61 sobre el Combate de la Prostitución, así como varios artículos del Código Penal, se han utilizado en años recientes para encarcelar a varones homosexuales.¹⁹⁵

3.3. La actual homofobia, bifobia y transfobia sufrida en los países árabes

A causa de este sistema draconiano de leyes penales que condenan los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo, las personas LGBTI en los países árabes son objeto de persecución policial, sobornos, amenazas y torturas e, incluso, se les restringe el acceso a determinados lugares públicos.¹⁹⁶ Además, como subraya WHITAKER, uno de los miedos más latentes en las personas lesbianas, gays y bisexuales de los países árabes es la vergüenza, y la consecuente violencia, que pueden llegar a sufrir en sus hogares, donde no sólo temen las reacciones de sus parientes, sino también el modo en que su homosexualidad puede afectar a la reputación del nombre de la familia.¹⁹⁷

La ONG Human Rights Watch identificó 179 casos, entre los años 2001 y 2004, de hombres que fueron perseguidos por el sistema penal de Egipto por *libertinaje*, destacando que este dato constituye sólo un porcentaje minúsculo

sexualité est puni d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille (2.000) DA."

¹⁹³ TÚNEZ. Código Penal de 1913. Art. 230: "La sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans."

¹⁹⁴ LIBIA. Código Penal de 1953. Modificado Parcialmente por Ley 40 de 2 de Octubre de 1973.

¹⁹⁵ ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit. p. 46.

¹⁹⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. *They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*. 2009. Disponible en : www.hrw.org/reports/2009/08/17/they-want-us-exterminated. In *a Time of Torture: The Assault on Justice In Egypt's Crackdown on Homosexual Conduct*, 2004. www.hrw.org/en/reports/2004/02/29/time-torture.

AMNISTIA INTERNACIONAL EGIPTO. *Torture and Imprisonment for Actual or Perceived Sexual Orientation*, 2001. Disponible en: www.amnesty.org/en/library/info/MDE12/033/2001

¹⁹⁷ WHITAKER, B. *Unspeakable Love: Gay and Lesbian Life in the Middle East*. 2006. p.43

del total real de persecuciones y detenciones.¹⁹⁸ De este modo, centenares de hombres han sido amenazados, arrestados y, muy frecuentemente, torturados en Egipto por su homosexualidad sin presentarles cargo alguno.¹⁹⁹ En este mismo país, en 2001 se detuvieron en una redada en el conocido Queen Boat a decenas de hombres homosexuales, imputando a 52 de ellos “por su atracción hacia otros hombres”.²⁰⁰

En Irán, justo después de que Ayatollah Hhomieni llegara al poder en 1979 y dispusiera la pena de muerte para los actos homosexuales, se realizaron 16 ejecuciones por dicho motivo sólo en el mes de marzo de ese año.²⁰¹ Como destaca ABOU-ALSAMH, en los últimos años ha incrementado el número de ejecuciones a hombres gays en Irán, existiendo, además, incontables relatos de supuestos de violencia, torturas y persecución tanto a hombres como a mujeres por su orientación sexual.²⁰²

En Arabia Saudí, el 11 de julio de 2000, tres hombres fueron condenados a muerte por decapitación por lo que el Ministerio del Interior saudita describió como “obscenidad extrema y horribles actos de homosexualidad”.²⁰³ En 2005, la policía detuvo a más de cien hombres por celebrar una supuesta boda homosexual, de los cuales 31 fueron sentenciados a seis meses de cárcel y 200 latigazos, cuatro de ellos a cuatro años de cárcel y 2.000 latigazos y otros setenta hombres a un año de cárcel.²⁰⁴ En junio de 2009, la policía de Arabia Saudita detuvo a 69 hombres por vestir ropa de mujer²⁰⁵.

Además, diferentes ONGs defensoras de derechos humanos han constatado el alto índice de discriminación y estigmatización que sufren las personas transgénero, en particular las mujeres transgénero, en los países árabes. La ONG Human Rights Watch ha denunciado los constantes abusos perpetrados por agentes de la policía a mujeres transgénero en Kuwait, el único país de la

¹⁹⁸ HUMAN RIGHTS WATCH. *In a Time of Torture: The Assault on Justice In Egypt's Crackdown on Homosexual Conduct*, 2004. p.2 Disponible en: www.hrw.org/en/reports/2004/02/29/time-torture.

¹⁹⁹ *Ibidem*. p.2.

²⁰⁰ WHITAKER. *Op.cit.*p.49.

²⁰¹ *Ibidem*.p.79.

²⁰² ABOU-ALSAMH, R. *Protecting Rights of Gay Citizens in Iran*. Citado en NEEDHAM, J. *Op.cit.* p. 299.

²⁰³ KRISBERG, K. *Saudis Beheaded for Sodomy*. Citado en NEEDHAM, J. *Op.cit.* p. 299.

²⁰⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. *Saudi Arabia: Men "Behaving Like Women" Face Flogging*. 2007.

²⁰⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. *Saudi Arabia: Drop "Cross-Dressing" Charges*. 2009. Disponible en: www.hrw.org/en/news/2009/06/24/saudi-arabia-drep-cross-dressing-charges

región en donde, además, la transexualidad es considerada como delito, de acuerdo con el art. 198 del Código Penal modificado en 2007.²⁰⁶ La ILGA ha destacado en un reciente informe de 2013 que el autor argelino del libro *Las memorias de Randa la Trans*, que narra la situación de las mujeres transgénero en la región, se ha visto obligado a huir al Líbano y ahora es refugiado en Suecia.²⁰⁷ En cualquier caso, de acuerdo con ZAIDI, las personas transgénero en los países árabes son víctimas de una doble discriminación: “por parte del público en general y por parte de las comunidades de gays y de lesbianas que les acusan de dar una mala imagen al mundo exterior”.²⁰⁸

La elevada LGBTIfobia existente en los países árabes parece no haberse reducido con los procesos de democratización vividos tras la Primavera Árabe. Recientes episodios de persecución y de discriminación constatan que mientras que la Primavera Árabe ha supuesto un cambio dramático en el mundo árabe, la situación de los derechos de las personas LGBTI permanece “precaria e incierta”.²⁰⁹

En 2012, la prensa libanesa informó del arresto de 36 hombres en un cine en Beirut, después de que el diario publicara la noticia de que el cine era un lugar para encuentros sexuales entre hombres.²¹⁰ En 2013, el líder del principal partido de la oposición tunecino fue detenido en el Hotel Sheraton de Túnez acusado de sodomía. En mayo del mismo año, la policía detuvo en Casablanca, Marruecos, a decenas de individuos acusándoles de homosexualidad.²¹¹

Siguiendo a WHITACKER, se puede afirmar que “mientras los árabes LGBTI han apoyado la Primavera Árabe, la Primavera Árabe no apoya a los árabes LGBT”.²¹² Del espíritu de revolución política de la Primavera Árabe podría presumirse una consecuente revolución cultural y social que albergara el libre desarrollo de la sexualidad y el respeto al derecho a la igualdad y la no discriminación entre la ciudadanía. Sin embargo, la Primavera Árabe ha dado

²⁰⁶ HUMAN RIGHTS WATCH *Kuwait: End Police Abuses Against Transgender Women*. 15 de enero de 2012. Disponible en <http://www.hrw.org/news/2012/01/15/kuwait-end-police-abuses-against-transgender-women>

²⁰⁷ ZAIDI, Y. “MENA, la Región del Medio Oriente y África del Norte: Una Comunidad LGBTI en Desarrollo en un Entorno Hostil”. Yahia Zaidi. ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit.p.17

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ NEEDHAM, J. Op.cit. p. 289.

²¹⁰ ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit. p.18

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² WHITACKER, B. “Gay Rights and the Arab Spring,” *Al-bab.com blog*. 25 de febrero de 2012. <http://www.al-bab.com/blog/2012/blog2012.htm>

pie a la consolidación y a la elección de grupos islamistas, como los Hermanos Musulmanes en Egipto y el partido Ennahda en Túnez, para los que la homosexualidad es considerada como una perversión o una desviación moral.²¹³

4. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Asia

El continente asiático está viviendo un auge gradual en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, si bien es cierto que el cambio presenta fuertes contratiempos.

En términos generales, los países que condenan las relaciones entre personas del mismo sexo en la actualidad son: Afganistán, Bangladesh, Bután, Brunei, India, Iraq, Kuwait, Líbano, Malasia, Maldivas, Myanmar, Omán, Palestina, Catar, Arabia Sauditas, Singapur, Sri Lanka, Siria, Emiratos Árabes Unidos, Uzbekistán y Yemen. La pena de muerte como condena a los actos homosexuales se contempla en las legislaciones de Irán, Arabia Saudita y Yemen. Por otra parte, las relaciones entre personas del mismo sexo son legales en Bahrein, Camboya, China, Timor Oriental, Indonesia, Israel, Japón, Jordania, Kazajistán, Kirguistán, Laos, Mongolia, Nepal, Corea del Norte, Palestina, Filipinas, Corea del Sur, Taiwán, Tajikistán, Tailandia y Vietnam.²¹⁴

4.1. Los países asiáticos más avanzados en el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas LGBTI

Vietnam, Taiwan, Tailandia y Nepal son los países más avanzados en el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas LGBTI del continente asiático. Como subraya ILGA, en Vietnam se está desarrollando un largo proceso de consultas y debates sobre una serie de reformas legales sobre derechos civiles de parejas del mismo sexo. El mismo debate sobre

²¹³BRADLEY, R.J. *After the Arab Spring: How Islamists Hijacked the Middle East Revolts*. 2012. p. 48.

²¹⁴ ILGA. Informe de Estado. *Op.cit.* p. 66

uniones civiles y matrimonios homosexuales está teniendo lugar en Taiwán y en Tailandia.²¹⁵

En Nepal, país en transición de una monarquía a una república, se han tomado en los últimos años pasos muy significativos hacia la consolidación de una sociedad equitativa y justa que garantiza los derechos humanos de todos sus ciudadanos. Conviene destacar que el Tribunal Supremo nepalí emitió un dictamen sin precedentes en la región, en el caso *Pant v. Nepal* en diciembre de 2007, declarando que las personas LGBTI “son naturales y merecen iguales derechos y oportunidades”.²¹⁶

El dictamen instruyó al gobierno nepalí certificados de ciudadanía a quienes se consideran de un tercer género según su identidad de género, recovar o enmendar leyes que les discriminan y crear un comité de siete integrantes que redactaría una ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo para su aprobación en el Parlamento.²¹⁷ Además, de forma pionera, en Nepal el censo de población celebrado en mayo de 2011 incorporó la posibilidad de que las personas pertenecientes a un tercer género se identificaran oficialmente de este modo, representando “un enorme reconocimiento de que el tercer género es parte de la esencia de la población de Nepal”.²¹⁸

Sin embargo, el clima de inestabilidad política sufrida en los últimos años en Nepal está afectando de forma negativa el avance por los derechos de las personas LGBTI. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos ha denunciado en una carta al Ministro de Asuntos Exteriores nepalí, Madhav Prasad Ghimire, “haber recibido denuncias de detenciones y trato degradante a 50 personas transgénero y activistas LGBTI por la policía incluyendo el abuso verbal, las agresiones físicas graves y el registro corporal indiscriminado”.²¹⁹

²¹⁵ *Ibidem. Op.cit.* p. 64

²¹⁶ NEPAL. Dictamen del Tribunal Supremo. Asunto *Pant V. Nepal*. 21 de diciembre de 2007. Disponible en: www.bds.org.np/decision.html

²¹⁷ KINOTI. K. Nepal se dispone a reconocer oficialmente el tercer género. Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo. 2011. Disponible en: www.awid.org/es/Las-Noticias-y-Analisis/Notas-

²¹⁸ *Ibidem*

²¹⁹ THE KATHMANDU POST. *Pillay frets about the BDS registration, LGBTI rights*. 28 de marzo de 2013. Disponible en: www.ekantipur.com/the-kathmandu-post/2013/03/27/related_articles/pillay-frets-about-bds-registration-lgbti-rights/246913.html

4.2. India y la presencia del Código Penal indio el resto de las antiguas colonias británicas en Asia

En India, las relaciones sexuales mantenidas con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo vuelven a ser ilegales tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, el 11 de diciembre de 2013²²⁰, que revoca la decisión del Tribunal Superior de Delhi, declarando la constitucionalidad del artículo 377 del Código Penal indio. De este modo, el 20% de la población global LGBTI queda sometida a una legislación punitiva heredada del sistema colonial británico.

El Tribunal Superior de Delhi había declarado, en una sentencia histórica para la región de julio de 2009²²¹, que la ilegalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas era “discriminatoria y violaba los derechos de igualdad, privacidad y dignidad establecidos en la Constitución india”. A la decisión del Tribunal Superior de Delhi, que no era aplicable a los estados de Jammu y Cachemira en donde se aplica el Código Penal Ranbir, se opusieron varios grupos religiosos como la Alianza de Iglesias Apostólicas, el Consejo Cristiano de Utkal, el Consejo de la Ley de Musulmanes de la India y los líderes del partido hinduista Bharatiya Janara que apelaron la decisión ante el Tribunal Supremo.

El art. 377 del Código Penal indio, de nuevo en vigor en todo el territorio de la India, dispone bajo la rúbrica de *delitos contra natura* que: “aquel que voluntariamente tenga contactos carnales en contra del orden de la naturaleza con cualquier hombre, mujer o animal, será castigado con encarcelamiento de por vida, o bien con pena de prisión por un período que podrá extenderse hasta los diez años, además también será susceptible de multa”²²². El mismo art.377 matiza que “la penetración es suficiente para constituir la relación carnal necesaria para el delito descrito en esta sección”.

El Código Penal indio fue redactado por Thomas Babington Macaulay, miembro del Parlamento británico, en 1837 y sujeto a un proceso de revisión de más de dos décadas bajo la Comisión Jurídica de la India y los magistrados del

²²⁰ INDIA. TRIBUNAL SUPREMO. CIVIL APPEAL NO 10972 of 2013. Disponible en: www.orian.net/377/wp-content/2013/12/Naz-judgment-SC.pdf

²²¹ INDIA. TRIBUNAL SUPERIOR DELHI. N°14436 of 2009.

²²² INDIA. Código Penal de 6 de octubre de 1860. Entrada en vigor en 1862. Disponible en: <http://pnjabrevenue.nicin/crime13.htm>

Tribunal Supremo de Bombay, Calcuta y Madrás, entrando en vigor en 1862.

²²³ El Código de Macaulay fue considerado un éxito al proporcionar una estructura sistemática al sistema penal de la *compleja* India. Éxito que quedó confirmado con su adopción en el resto de colonias británicas en Asia. ²²⁴

Respecto a las *hijras* y otras personas transgenero de la India, a pesar de su reconocimiento social y religioso, a nivel jurídico siguen enfrentándose a importantes barreras legales que les imposibilita la participación plena y efectiva en la vida económica, social y cultural de la India. De acuerdo con un reciente informe del PNUD, “la principal razón de la exclusión, también consecuencia de la misma, es la falta de reconocimiento legal del género de las hijras y de otras personas transgénero que les imposibilita ejercer el derecho al matrimonio, a la adopción, a la herencia, al empleo, a los servicios públicos y privados de salud y los sistemas de la seguridad social”.²²⁵ Además, el reconocimiento legal de las operaciones de reasignación de sexo también es ambiguo, “no existiendo ninguna normativa explícita sobre la validez del certificado médico de la persona transgénero.” ²²⁶

La disposición del Código Penal indio, que prohíbe los actos homosexuales, está presente en todas las antiguas colonias británicas en Asia, con la excepción de Hong Kong. El mismo art.377 aparece en diferentes legislaciones penales actualmente en vigor en Pakistán, Bangladesh, Myanmar, Singapur, Malasia y Brunei, de forma idéntica que en el Código Penal indio de 1860. Sri Lanka, las islas Seychelles y Papúa Nueva Guinea disponen de la misma provisión normativa pero en un número de artículo diferente.

En este sentido, en Pakistán, tras la segregación de la India en 1947, el Código Penal indio de 1860 se heredó integrándose en el Código Penal pakistaní, el cual se mantiene en vigor en la actualidad con algunas modificaciones posteriores de corte islámico. De hecho, el mismo art.377 prohíbe los *delitos contra natura* disponiendo que: “quienquiera voluntariamente mantenga relaciones sexuales contra natura con varón, mujer o animal, será

²²³ SANDERS, E.D. “377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia”. *Asian Journal of Comparative Law*. Vol.4. nº1. 2009. p.9

²²⁴ Véase SKUY, D. “Macaulay y el Código Penal de la India de 1862: el mito de la superioridad inherente y la modernidad, de Régimen Jurídico Inglés en comparación con el sistema legal de la India en el siglo XIX”. *Modern Asian Studies*. Vol 32. Nº3. Julio de 1998, pp.513-557.

²²⁵PNUD INDIA. *Legal recognition of gender identity of transgender people in India: current situation and potential options*. 2012. p.8

²²⁶*Ibidem*.

castigado con cadena perpetua, o con pena de prisión de cualquier tipo o inferior a dos años ni superior a diez, y podrá ser también castigado a un multa”.

227

4.3. La orientación sexual y de la identidad de género en Asia oriental

En China y en Japón, a pesar de ser países que consiguieron evitar la imposición colonial exterior total o directa, se adoptaron legislaciones occidentales a finales del siglo XIX “para buscar el reconocimiento de naciones merecedoras de continuar con su independencia”. Por ejemplo, la última Dinastía Qing (1644-1912) incorporó leyes de origen alemán y, aunque de forma explícita no establecían condena para los actos homosexuales, de acuerdo con XIAO-FEI el delito de “hooliganismo” fue usado en China para castigar los actos homosexuales. En 1993, una Directiva del Ministro de Seguridad Pública chino estableció que la homosexualidad no justificaba dicho delito.²²⁸

En Japón, la práctica sexual anal fue tipificada como delito en el Código Penal Meiji de 1873. Sin embargo, de acuerdo con MCLELLAND fue aplicado en contadas ocasiones y sustraído de la ley en 1881 “a instancias de un consejero francés del emperador”.²²⁹

En Hong Kong la homosexualidad fue despenalizada en 1991. En 1995 el gobierno de Hong Kong inició una consulta sobre la adopción de la legislación contra la discriminación. Además, el Ministro del Interior, Stephen Fisher, estableció en 2004 la Unidad de Orientación Sexual e Identidad de Género para tratar las denuncias sobre discriminación y el Foro de Minorías Sexuales para el diálogo con representantes del colectivo LGBTI sobre cuestiones de inmigración, reasignación de género, servicios sociales, educación sexual y educación sobre derechos humanos.²³⁰ Sin embargo, las personas transgénero

²²⁷ PAKISTAN. Código Penal. Ley XLV de 1860. Disponible en: www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html

²²⁸ XIAO-FEI, G. *Was there a De-criminalization of Homosexualities in Chines History?* International Conference on Sexuality in China, 2007. Disponible en: www.sexstudy.org

²²⁹ MCLELLAND, M. *Male Homosexuality in Modern Japan*. 2000. p.26 en SANDLERS, E.D. *Op. Cit.* p.14

²³⁰ Véase RWEZAURA, B. “To be or not to be: recognition of sam-sex partnership in Hong Kong”. *Hong Kong Law Journal*. 2004, Vol.34, N°3, pp.557-579

obtienen la modificación de los documentos de identidades pero no los certificados de nacimiento, “que son los que valen para contraer matrimonio”²³¹. A pesar de los últimos avances, Hong Kong cuenta, igual que Taiwán, Corea del Sur y Singapur, con fuertes y activos grupos cristianos que se oponen a la lucha por la igualdad de derechos de las personas LGBTI²³².

Por último, conviene destacar que el Código Penal de 1908 del antiguo reino de Siam, que abarcaba los territorios del sudeste asiático de los países actuales de Tailandia, Camboya y Laos, incorporó el delito “contra la naturaleza humana” también por influencia del Código Penal indio. Sin embargo, en la reforma de 1956 fue eliminado el delito por falta de aplicación efectiva.²³³

5. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y la identidad de género en Norteamérica

5.1. La orientación sexual y la identidad de género en Canadá

La homosexualidad es considerada como delito capital castigada con la pena de muerte en el Código Penal de Canadá de 1892, elaborado a partir del proyecto del Código Penal inglés de James Fitzjames Stephen. Sin embargo, no existe ningún registro que certifique la aplicación de esta condena mientras que dicha provisión estuvo en vigor.²³⁴ A lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX, la homosexualidad es perseguida bajo el tipo penal de “indecencia grave”²³⁵. La despenalización de la homosexualidad en Canadá tiene lugar en 1969. Everett George Klippert es el último homosexual canadiense detenido por su orientación sexual, en 1965, y condenado a cadena perpetua por “indecencia grave” al confesar voluntariamente haber mantenido relaciones

²³¹ Como destaca la ILGA las personas transgénero pueden obtener el cambio de su documentación en muchos lugares. Pueden contraer matrimonio en el género que elijan en China, Indonesia, Japón, Singapur, Corea del sur, Taiwán y en algunas partes de Asia Central. ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit. p. 64

²³² SANDLERS, E.D. *Op. Cit.* p.41

²³³ SANDLERS, E.D. *Op. Cit.* p.14

²³⁴ Véase KINGSMAN, G. *Regulation of Desire: Sexuality in Canada*. 1995.

²³⁵ Véase MCLEOD, D. W. *Lesbian and gay libertaion in Canada: a selected annotated chonology, 1964-1975*. 1996.

sexuales con hombres adultos en cuatro ocasiones. Su condena es suspendida el 21 de julio de 1971²³⁶.

La lucha por la igualdad de derechos y contra la discriminación tiene lugar a partir de la redada policial operada en el bar Truax de Montreal en 1977 que produce una manifestación masiva a favor de las minorías sexuales. En consecuencia, el gobierno de Quebec firma la Declaración de los Derechos Humanos, convirtiéndose en la mayor jurisdicción de Norteamérica en proteger a sus ciudadanos contra la discriminación por motivo de orientación sexual²³⁷.

En julio de 2005, Canadá legaliza a nivel nacional el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, siendo el primero país en hacerlo en América y el cuarto en el mundo²³⁸. Además, la adopción conjunta por parejas del mismo sexo también es legal en todo el país a través de diferentes normas de ámbito regional. La discriminación por motivo de orientación sexual en el empleo, en el acceso a la vivienda y en los servicios públicos y privados está prohibida a nivel nacional mientras que la discriminación por motivos de expresión o de identidad de género varía en función de la provincia o el territorio. Por su parte, las personas transgénero pueden modificar legalmente el registro civil de su género en todas las provincias y territorios, siendo diversos los requisitos exigidos en cada uno de ellos²³⁹.

A pesar de este avanzado reconocimiento jurídico de derechos, la crisis económica y las políticas de austeridad actuales están afectando a las políticas públicas de lucha contra la homofobia, la bifobia y la transfobia en la sociedad canadiense. De hecho, como destaca SEABORN, miembro de la Junta de ILGA-Norteamérica, mientras el acoso público a lesbianas, gays y bisexuales parece estar disminuyendo en varios centros urbanos, se informa de un aumento de los crímenes de odio en Canadá, especialmente contra personas transgénero de comunidades racializadas²⁴⁰.

²³⁶ *Ibidem*

²³⁷ WARNER, T. *Never going back*. University of Toronto Press 2002. p. 108-118. En SANDLERS, D.E, *Op.cit.* p.38

²³⁸ CANADA. Civil Marriage Act. SC.2005. c.33. 20 de julio de 2005.

²³⁹ SMITH, M. *“Political Institutions and Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada”*. Canadian Journal of Political Science. Vol. 42, N°4, Diciembre 2009. P.1076.

²⁴⁰ SEABORN, S. en ILGA. *Homofobia de Estado*. *Op.cit.* p.96.

5.2. La orientación sexual y la identidad de género en los Estados Unidos de América

Tras la independencia de los Estados Unidos en 1776, se mantienen en vigor las leyes de sodomía heredadas de la época colonial que establecían la pena de muerte para los actos sexuales mantenidos entre hombres. Como subrayan WASSERMAN y MCGARRY, “también son punibles en la mayoría de los estados los actos homosexuales entre mujeres hasta finales del siglo XX, pero las persecuciones son escasas y las penas suelen ser más benignas que aquellas dispuestas para los hombres”²⁴¹. El Estado de Pensilvania es el primero en abolir la pena de muerte para la sodomía en 1786, mientras que el último es Carolina del Sur, en 1873.

La lucha por los derechos de las personas LGBTI en los Estados Unidos constituye el germen del movimiento activista global LGBTI. El sociólogo KINSEY publica dos obras, *El Comportamiento Sexual en el Hombre*, en 1948, y *El Comportamiento Sexual en la Mujer*, en 1953, en los que se pone de relieve la diversidad sexual de los estadounidenses, haciendo mención expresa a la bisexualidad y a la homosexualidad²⁴². Estas obras propiciarían el denominado *macarthismo* en la década de los años 50, por el que la persecución a las minorías sexuales servía como subterfugio para la purga anti-comunista.²⁴³

Los disturbios en el bar de neoyorkino de Stonewall Inn el 28 de junio de 1969 suponen el nacimiento simbólico del activismo LGBTI en Estados Unidos y su expansión a otros países. De hecho, el día 28 de junio es conmemorado en todo el mundo con las marchas del orgullo LGBTI. A partir de los disturbios de Stonewall, emergen organizaciones activistas por los derechos humanos de las personas LGBTI como la GLF (Gay Liberation Front) en 1969, la GAA (Gay Activist's Alliance) en 1969, la STAR (Street Transvestite Action Revolutionaries) en 1970 y Lambda Legal en 1971. El feminismo lésbico también se manifiesta en el asociacionismo contra la doble represión, por el

²⁴¹ WASSERMAN, F. et MCGARRY, M. *Becoming Visible*. 1998.p.32

²⁴² Véase THE KINSEY INSTITUTE FOR SEX, REPRODUCTION, AND GENDER, Inc. Data from Alfred Kinsey's Studies (1996-2006). <http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-data.html>

²⁴³ NARAYAN, P. “Somewhere over the Rainbow...International Human Rights Protections for Sexual Minorities in the New Millennium”. *Boston University International Law Journal*. Vol.24.p.317

sexismo y por la homofobia, en organizaciones como la Radicalesbians en 1970 y la Gay Liberation Front Women también en 1970.

La homosexualidad no queda totalmente despenalizada en Estados Unidos hasta la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Lawrence contra Texas*, en 2003²⁴⁴. En esta histórica sentencia el Tribunal Supremo de Estados Unidos declara que la legislación del estado de Texas por la que se condenaban los actos homosexuales es contraria a la libertad fundamental protegida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense. Siguiendo el sistema anglosajón jurisprudencial, esta sentencia supone la revocación de la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense por el caso *Bowers contra Hardwick*, de 1986, por la que se ratificaba la legislación de Georgia entendiéndose que no existía protección constitucional respecto a la intimidad sexual. Además, la sentencia del caso *Lawrence contra Texas* deja sin validez jurídica por inconstitucionalidad al resto de leyes en los otros Estados que condenaban los actos homosexuales²⁴⁵.

En relación con la legislación antidiscriminatoria, en la actualidad 21 estados más Washington D.C. y Puerto Rico han regulado leyes en contra de la discriminación por motivo de orientación sexual, mientras que 17 estados más Washington D.C. y Puerto Rico han aprobado leyes contra la discriminación por motivo de la identidad y expresión de género. Además, en 2012, la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo establece que la discriminación contra las personas LGBTI es un tipo de discriminación sexual prohibida en el título VII del *Civil Rights Act* de 1964.²⁴⁶

Por último, respecto al Derecho de Familia se presenta un mapa fragmentado. Sólo en nueve Estados de los 50 que conforman Estados Unidos se han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo: Massachusetts en 2004, Connecticut en 2008, Nueva York en 2009, Vermont en 2009, New Hampshire en 2010, Maine en 2012, Washington en 2012, Maryland en 2013 y el Distrito de Columbia en 2009. Además, otros estados

²⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. TRIBUNAL SUPREMO. Asunto *Lawrence contra Texas*, 539 U.S. 558, 2003.

²⁴⁵ LAMDA LEGAL. *Lawrence v. Texas*. Disponible en: www.lamdalegal.org/in-court/cases/lawrence-v-texas

²⁴⁶ U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Facts about Discrimination in Federal Government Employment Based on Marital Status, Political Affiliation, Status as a Parent, Sexual Orientation, or Transgender (Gender Identity) Status. Disponible en: www.eeoc.gov/federal/otherprotections.cfm

han legalizado el registro civil de uniones civiles y de parejas de hecho del mismo sexo: California en 1999, Oregón en 2008, Nueva York en 2006, Colorado en 2009, Nevada en 2009, Illinois en 2006, Rhode Island en 2011 y Delaware en 2012²⁴⁷. Sin embargo, 38 estados prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo por ley o por la enmienda constitucional estatal.²⁴⁸ El debate está en los discursos políticos y en los medios de comunicación. De hecho, el presidente Barack Obama se ha convertido en el primer presidente de Estados Unidos en defender el matrimonio entre personas del mismo sexo al expresar públicamente, en mayo de 2012, que: “es importante seguir adelante y afirmar que las parejas del mismo sexo deberían poder casarse”.²⁴⁹ La legislación sobre adopción también varía en función del Estado: algunos permiten la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, otros incluso la prohíben.²⁵⁰

5.3. La orientación sexual y la identidad de género en México

El tratamiento de la homosexualidad en el territorio que hoy abarca México ha ido evolucionando en función de los pueblos y de los períodos históricos.

En relación con los pueblos precolombinos, son los mayas los que ofrecen una mayor tolerancia a la homosexualidad, prefiriendo incluso los encuentros homosexuales con jóvenes que los heterosexuales prematrimoniales. Como destaca EVANS, aunque la homosexualidad adulta estaba prohibida, era común para los mayas la compra de esclavos sexuales adolescentes para los hijos antes del matrimonio y las prácticas homosexuales en las fiestas privadas.²⁵¹ Los aztecas, sin embargo, condenan la homosexualidad con pena de muerte: la sodomía con la horca, el empalamiento para el homosexual activo y la extracción de las entrañas por el orificio anal para el homosexual pasivo. Para las lesbianas la ley azteca preveía la muerte por garrote.²⁵²

²⁴⁷ MACCARTNEY, D. En ILGA, *Homofobia de Estado*. *Op.cit.* p. 98

²⁴⁸ *Ibidem*

²⁴⁹ THE WHITE HOUSE BLOG. President Obama Supports Same-Sex Marriage.

Disponible en: www.whitehouse.gov/blog/2012/05/10/obama-supports-same-sex-marriage

²⁵⁰ Sobre el régimen de adopción de parejas del mismo sexo en Estados Unidos puede consultarse: www.loveandpride.co/GayAdoption

²⁵¹ Véase EVANS, L. *Chronology of Mexican Gay History*. 2002.

²⁵² *Ibidem*.

Destaca la aceptación y la integración en las sociedades precolombinas de las personas bardaje o badea, también conocidas como *personas dos-espíritu*. Se trata de personas pertenecientes a un tercer sexo que a menudo ejercían funciones espirituales y de liderazgo, a modo de chamanes y chamanas, en los pueblos amerindios de los territorios de Canadá, Estados Unidos y México. Hasta 1991, se han documentado personas bardaje de base corporal masculina y femenina, “en más de 130 tribus amerindias, en cada región del continente, en cada tipo de cultura nativa”²⁵³.

Con la conquista española, la homosexualidad pasa a identificarse con la brutalidad y con el canibalismo. Como constata GARZA, el médico de Cónon, Diégo Álvarez Chanca, en una carta de 1494, habla de los muchachos “con características femeninas” que los caribes “emplean para la práctica de la sodomía de forma similar a la que los árabes disfrutaban de sus jóvenes como eunucos y bardajes”.²⁵⁴ Bartolomé de las Casas, en 1542, escribía sobre el “bestial vicio de la sodomía como el peor, el más detestable de cualquier malicia humana” y fray Gregorio García narraba como “algunos hombres se vestían como las mujeres y si algún padre tenía cinco hijos [...al menor] lo vestían como mujer, lo instruían en sus labores y lo casaban como a una muchacha, aunque incluso en Nueva España despreciaban a los indios afeminados y mujeriles”.²⁵⁵

El pecado nefando es castigado en el Virreinato con multas, penitencia, humillación pública, latigazos y con la hoguera. La primera quema de sodomitas conocida en México fue en 1530, cuando ardió Caltzontzin por idolatría, sacrificio y sodomía. Son muchos los testimonios históricos existentes sobre condenas a hombres homosexuales, en la época colonial y post-colonial, principalmente de aquellos provenientes de las clases más bajas; negros, indígenas y mulatos.²⁵⁶

Sin duda alguna, el suceso más escandaloso del s.XX en México fue el llamado *el Baile de los cuarenta y uno*, redada policial realizada el 18 de noviembre de 1901, en un baile de hombres, 22 vestidos de hombres y 19 de

²⁵³ ROSCOE, W. *The Zuni Man-Woman*, 1991. p.5

²⁵⁴ Véase GARZA CARVAJAL, F. *Quemando Mariposas. Sodomía e Imperio en Andalucía y México. Siglos XVI-XVII*. 2002.

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ *Ibíd.*

mujeres, en un domicilio particular²⁵⁷. Este hecho ha sido utilizado para seguir con redadas continuas, chantajes policiales, palizas, envíos a la cárcel y al penal de las Islas Marías, con la simple justificación de que se trata de un “ataque a la mora y a las buenas costumbres”²⁵⁸.

En la actualidad, el sistema jurídico en México es uno de los más avanzados de Latinoamérica. El 29 de abril de 2003 se aprobó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, por la que se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. En noviembre de 2006 se aprobó la Ley de Sociedades de Convivencia en el Distrito Federal, que reconoce la unión de hecho entre personas del mismo sexo, y el 4 de marzo de 2009 entró en vigor la ley que permite el matrimonio homosexual en el Ciudad de México, D.F.²⁵⁹

Sin embargo, y a pesar de estos avances legislativos, la homofobia, la bifobia y la transfobia está muy extendida en México. Como revelan datos estadísticos oficiales entre 2002 y 2007 han sido asesinadas aproximadamente 1000 personas por crímenes homofóbicos, lo que convierte a México en el segundo país del mundo con mayor tasa de crímenes homofóbicos, después de Brasil.²⁶⁰

Sólo en el primer semestre de 2009, se habían registrado 40 asesinatos a homosexuales en Michoacán, casi todo en el área de Tierra Caliente²⁶¹. El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación revelaba en 2010 que uno de cada dos homosexuales o bisexuales en México afirmaba haber sufrido discriminación. La Universidad Autónoma Metropolitana ha identificado en un estudio que el 40% de las personas LGBTI encuestadas se han planteado la idea de suicidio y que un 25% lo han intentado²⁶². A este clima de

²⁵⁷ MONSIVÁIS, C. La gran redada. 2001

²⁵⁸ *Ibidem*

²⁵⁹ MEXICO, DISTRITO FEDERAL. Decreto de 21 de diciembre de 2009 por la que se modifica el Código Civil para el Distrito Federal. (arts 146, 237, 291 bis, 294, 391, 724). Véase a RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. “Los matrimonios homosexuales en el distrito federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 128. Universidad Autónoma Metropolitana.

²⁶⁰ AGENCIA DE NOTICIAS AFP. *En cinco años han sido asesinadas 1.000 personas por homofobia en México*. 10 de mayo de 2007. Disponible en :www.enkidu.com

²⁶¹ AGENCIA DE NOTICIAS EFE. *Van 40 homosexuales asesinados en Michoacán durante 2009*. 21 de agosto de 2009.

²⁶² CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN. Encuesta nacional sobre la discriminación en México en 2010. 2011.

discriminación, persecución y miedo se suma el estigma social sostenido en la actualidad por la Iglesia Católica en México.²⁶³

6. El tratamiento jurídico y social de la orientación sexual y de la identidad de género en Centroamérica y Sudamérica

6.1. La penalización de la homosexualidad en Centroamérica

Como subraya FIGARI, “desde la conquista de América la regulación de los cuerpos sexuados- al igual que los racializados,- fue una característica fundamental de la distinción salvaje/civilizado”²⁶⁴. Tras la época colonial, el patriarcado, por el cual el patrón masculino activo tiene la autoridad sobre los demás cuerpos considerados pasivos (mujeres, hombres considerados femeninos, esclavos y sujetos sin capacidad de discernimiento) y la estrecha relación del poder religioso con el poder civil constituyen las bases sociales para la penalización de aquellas personas que amenacen los cánones de la jerarquía sexual y de género.

En la actualidad, a nivel legal, el área de América Central y el Caribe es la región más represiva y homofóbica. Los actos homosexuales están penados por ley en Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, y Trinidad y Tobago²⁶⁵. En Barbados, la Ley de Delitos Sexuales de 1992, establece para el culpable de sodomía la condena a cadena perpetua; para los actos gravemente impúdicos se prevé la pena de 10 años de cárcel.²⁶⁶ En Guyana la ley del Código Penal, en su art.354, dispone que “todo el que cometa sodomía, ya sea con un ser humano o con cualquier otra criatura

²⁶³ Sirva de ejemplo las declaraciones de José Guadalupe Martín en 2012, presidente de la conferencia episcopal mexicana entre 2004 y 2006, que insinuaba tras el terremoto de Chile que los homosexuales eran culpables de los desastres naturales, al incurrir en la ira divina por el matrimonio homosexual. Disponible en: www.dosmanzanas.com/2013/03/un-arzobispo-mexicano-insinua-que-las-leyes-de-matrimonio-homosexual-entre-otros-factores-son-culpables-de-las-catástrofes-naturales.html

²⁶⁴ FIGARI, C. “El movimiento LGBT en América Latina: institucionalizaciones oblicuas” en MASSETTI, A et VILLANUEVA E. “Movilizaciones, protestas e identidades colectivas en la Argentina del bicentenario”. 2010.p.225.

²⁶⁵ ILGA. *Homofobia de Estado*. Op.cit. p. 87

²⁶⁶ BARBADOS. Ley de Delitos Sexuales de 1992, Capítulo 154, Art.9: “Todo el que cometa sodomía es culpable de un delito y podrá ser condenado a cadena perpetua”.

viviente, será culpable de delito grave y podrá ser castigado con cadena perpetua”. Para los delitos contra natura el art. 353 prevé pena de 10 años²⁶⁷.

En Nicaragua hasta la derogación de la ley que penalizaba la sodomía, en el año 2008, se establecía la pena de tres años de cárcel para cualquier acto sodomita, aún si era cometido en la privacidad del propio hogar. Por su parte, en Costa Rica el Código Penal disponía penalizar con 30 días de multas a quien “practicase la sodomía de forma escandalosa”, disposición derogada por las Leyes antidiscriminatorias en el mismo año 2008²⁶⁸.

En Cuba, desde la década de los años 90, se ha experimentado un paulatino proceso de despenalización de la homosexualidad y de reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales. El Código Penal de Cuba vigente, tras la reforma de 1997, no criminaliza los actos homosexuales²⁶⁹. Además, desde 1993 las personas LGBTI pueden servir en el servicio militar. Por otra parte, en la Conferencia sobre la Mujer de Pekín en 1995, la delegación cubana fue la única delegación de América Latina en defender todas las referencias contra la discriminación por orientación sexual.

Destaca la labor pionera en la región del Centro Nacional para la Educación Sexual, CENESEX, dirigido por la Dra. Mariela Castro Espín, fundado con el objetivo de lograr un respeto entre los ciudadanos hacia las diferentes orientaciones sexuales.²⁷⁰ Además, actualmente, el Parlamento cubano está debatiendo una serie de nuevas leyes que incluirían el reconocimiento de la unión civil de personas del mismo sexo.

²⁶⁷ GUYANA. Ley del Código Penal. Disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/guy.htm

²⁶⁸ FIGARI, C. *Op.cit.* p. 231

²⁶⁹ El actual artículo 303 dispone que: “se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas al que: a) acose a otro con requerimientos sexuales; b) ofenda el pudor o las buenas costumbres con exhibiciones o actos obscenos; c) produzca o ponga en circulación publicaciones, grabados, cintas cinematográficas o magnetofónicas, grabaciones, fotografías u otros objetos que resulten obscenos, tendentes a pervertir o degradar las costumbres.” CUBA. Código Penal, modificado por el Artículo 28 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html#A14

²⁷⁰ CUBA. Centro Nacional para la Educación Sexual. CENESEX. www.cenesex.sld.cu/webs/cenesex.htm

6.2. El reconocimiento y la protección de los derechos de las personas LGBTI en Sudamérica

El matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en Argentina el 14 de julio de 2010, siendo el primer país de América Latina en hacerlo y contando con una fuerte oposición de la Iglesia Católica, las confesiones protestantes y los partidos conservadores del país como el PRO y el Peronismo Federal.²⁷¹

En Uruguay, en la Ley de Uniones Civiles de 2008 se define la unión concubinaria como “la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas-cualquiera sea su sexo, identidad, orientación y opción sexual”.²⁷² El matrimonio entre personas del mismo sexo se legalizó en Uruguay con la ley de 10 de abril de 2013, aprobada por segunda votación en la Cámara de los Diputados por 71 votos de 92.

Por su parte, en Brasil, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia, aprobó por catorce votos contra uno una resolución que legaliza el casamiento entre personas del mismo sexo en todo el territorio brasileño²⁷³. En Colombia, la Corte Constitucional estableció en 2011 que “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.²⁷⁴

En relación con las leyes antidiscriminatorias, éstas han sido aprobadas en Uruguay, donde el Código Penal establece una condena dos años y medio por actos de violencia moral o física de odio o desprecio por razón de orientación o identidad sexual, México, Venezuela, Colombia, Antillas Neerlandesas, Aruba, Nicaragua, Argentina (en Buenos Aires y algunas ciudades) y en Brasil.²⁷⁵ Ecuador pasó de penalizar la homosexualidad a convertirse en el segundo país del mundo, después de Sudáfrica, en incluir en su Constitución, de 1998, la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual. Además, en la

²⁷¹ Tras la aprobación de la ley sobre matrimonio igualitario se difundió una nota del cardenal primado Jorge Mario Bergoglio, actual Papa Francisco I, en que denominaba el avance legislativo como “una movida del diablo”. www.voces.huffingtonpost.com/2013/03/13/papa-francisco-jorge-bergoglio-gay_n_2869

²⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº175.

²⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011.

²⁷⁵ ILGA. *Homofobia de Estado*. *Op.cit.* pp.87 et 88.

nueva Constitución ecuatoriana, aprobada en noviembre de 2008, se incluye la prohibición de discriminar por el motivo de la identidad de género.²⁷⁶

Respecto al tratamiento jurídico de la identidad de género, destaca la Ley de Identidad de Género de Argentina de 2012 posibilita el cambio de nombre y de sexo de una persona por la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en función de la percepción interna de la identidad de género, sin requerir la presentación de ninguna prueba de haberse sometido a terapia hormonal, cirugía de reasignación de género informe médicos o psicológicos.²⁷⁷ En Uruguay, la Ley de Identidad de Género de 2009 requiere como en la Ciudad de México la previa decisión judicial. Como destaca ADRIÁN, los congresos de Chile y Ecuador han aprobado en primera discusión, un proyecto de Ley de Identidad de Género y hay una iniciativa similar en Costa Rica²⁷⁸.

Por último, conviene subrayar que a pesar de estos avances normativos, Latino América es la región del mundo donde más se contabilizan crímenes de odio por homofobia, bifobia y transfobia. De acuerdo con los datos publicados por el Foro de Diversidad Sexual del INADI, perteneciente al gobierno de Argentina, 539 personas transgenero fueron asesinadas en Latinoamérica, entre 2008 y 2010. Además, sólo en el año 2010, 50 activistas LGBTI fueron asesinados²⁷⁹.

Como ha destacado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en un discurso el 17 de mayo de 2011, 250 personas fueron asesinadas por motivos de orientación sexual e identidad de género en Brasil²⁸⁰.

Por otra parte, en Honduras se han registrado 171 asesinatos por motivos de orientación sexual e identidad de género de 2006 a 2011 y en Colombia 127 asesinatos entre 2008 y 2009. En Perú, una persona LGBTI es asesinada cada semana²⁸¹.

²⁷⁶ ECUADOR. CONSTITUCIÓN. 20 de Octubre de 2008. Artículo 11.2

²⁷⁷ ARGENTINA. Ley de Identidad de Género. Ley 26.743. Promulgada el 23 de mayo de 2012.

²⁷⁸ ADRIÁN, T. Secretaria Mundial Trans de ILGA. En ILGA. *Homofobia de Estado*, *Op.cit.* p.85.

²⁷⁹ SENTIDOG. "La homofobia en Latinoamérica en números" 27 de mayo de 2011. www.sentidog.com/lat/2011/05/la-homofobia-en-latinoamerica-en-numeros.html

²⁸⁰ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Video Message on Homofobia*. 17 de mayo de 2011. Disponible en: www2.ohchr.org/SPdocs/HC/transcript/HC_video_homophobia_script_en.doc

²⁸¹ SENTIDOG. *Op.cit.* Disponible en: www.sentidog.com/lat/2011/05/la-homofobia-en-latinoamerica-en-numeros.html

CAPÍTULO 2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La sexualidad y los derechos humanos

1.1. El reconocimiento de la sexualidad como elemento de la personalidad en el ámbito de los derechos humanos

Individualmente o de forma colectiva las personas han venido reclamando diversos derechos sexuales en el transcurso de gran parte de la historia moderna, desde la Declaración de Olimpia de Gouge de 1971 (Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana), la Declaración de Seneca Falls de 1848 (o Declaración de Sentimientos como la llamaron Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton), hasta el Manifiesto Gay del Frente de Liberación Gay de 1971 entre otros.²⁸² En la actualidad algunos elementos fundamentales del ámbito de la sexualidad aparecen ampliamente desarrollados en las normas internacionales de derechos humanos mientras otros se encuentran en los inicios del proceso de reconocimiento y de cristalización jurídicos.

El reconocimiento de las últimas décadas de la sexualidad en los actos normativos y en los discursos jurídicos responde a una serie de factores variados: la progresiva institucionalización del sistema internacional de los derechos humano, el desarrollo tanto a nivel académico como activista de las teorías feministas, queer, post-colonialistas y su incidencia en la participación pública de los movimientos asociativos.²⁸³ De acuerdo con ROSEMAN y MILLER, los derechos sexuales parten de la premisa de que la sexualidad es un elemento esencial tanto de la persona, que como tal puede reclamar derechos, como de la personalidad humana que concierne a la sociedad en su conjunto²⁸⁴.

En este sentido, los derechos sexuales se encuadran en un marco jurídico delimitado por cuestiones fundamentales como son la personalidad, la igualdad, la dignidad, la justicia y la ciudadanía. El contenido esencial de los

²⁸² ROSEMAN, M.J. et MILLER, A.M. "Normalizing sex and its discontents: establishing sexual rights in International Law". *Harvard Journal of Law and Gender*. Vol.34.p.314.

²⁸³ *Ibidem*.p..317

²⁸⁴ *Ibidem*. p. 315

derechos sexuales parte de los derechos vinculados a la salud sexual y reproductiva y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género para consagrar el disfrute pleno e igualitario del derecho al libre desarrollo de la sexualidad. No existe consenso a nivel doctrinal ni institucional sobre la fundamentación jurídica ni sobre el ámbito de la regulación de la sexualidad en las esferas pública y privada. Tampoco existe unanimidad en torno a la naturaleza jurídica de los llamados derechos sexuales o de la sexualidad. En consecuencia, el aún incipiente desarrollo jurídico de la regulación de los derechos sexuales repercute sobre la delimitación de las obligaciones de los Estados en relación con las condiciones que deben crear para proteger la diversidad de la conducta sexual humana.

Una de las cuestiones fundamentales que subyacen al reconocimiento de la sexualidad en los sistemas jurídicos actuales, y por tanto a los derechos sexuales, es la convergencia de los ámbitos público y privado. El hecho de que la sexualidad se expanda sobre las dos dimensiones requiere la reconceptualización de los derechos humanos más relevantes en materia de sexualidad, con el objeto de cubrir no sólo el espacio privado, sino también el público²⁸⁵. En este sentido, la integración de la sexualidad en el discurso jurídico de los derechos humanos, partiendo de la existencia de una humanidad común²⁸⁶, requiere, por una parte, el compromiso deliberado de cuestionar conscientemente nuestras propias “formaciones ideológicas”, término elaborado por RUBIN, que engloba nuestros prejuicios y suposiciones sobre la expresión y las conductas sexuales,²⁸⁷ y, por otra, la voluntad de explorar las suposiciones y prejuicios subyacentes en los diferentes argumentos de índole política, religiosa o cultural existentes en las diversas sociedades.

La relación de los derechos humanos con la sexualidad ha experimentado en las últimas décadas cambios significantes. La cuestión principal en la actualidad ya no orbita sobre si los derechos humanos podrán incorporar el

²⁸⁵ Dado el hecho de que las personas estigmatizadas por su sexualidad son apartadas de los espacios públicos y de la representación política activa, es importante subrayar el derecho a la participación como una de las claves del sistema de derechos humanos. En este mismo sentido, la dignidad de la persona humana se presenta como uno de los fundamentos jurídicos esenciales.

²⁸⁶ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Op.cit.*p.2

²⁸⁷ RUBIN, G. “Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality”. *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Boston-Routledge & Keagan Paul, 1984. P.267

tratamiento de la sexualidad, sino más bien se centra en cuestiones más específicas en relación con la terminología, los titulares de derechos, los objetivos, los elementos de la sexualidad objeto de regulación y los límites de la misma.²⁸⁸

Los primeros esfuerzos de vincular los derechos humanos con la sexualidad se caracterizan, siendo aún el enfoque prioritario, por proteger a las personas estigmatizadas por su sexualidad de los daños y perjuicios ocasionados: desde el abuso sexual a mujeres y a menores hasta la violencia y los crímenes contra las personas por su orientación sexual o su identidad de género²⁸⁹. Este enfoque inicial va ampliándose en los últimos años para abarcar bajo la rúbrica de derechos sexuales un marco jurídico más amplio que se extiende desde los derechos de la mujer, de las personas LGBTI, de los menores, hasta aquellos vinculados con la salud reproductiva y aquellos referentes a la lucha por la prevención y contra la discriminación por el VIH/SIDA. En esta línea, SAIZ destaca que “la categoría de derechos sexuales permite dirigir las intersecciones entre orientación sexual, discriminación y otras cuestiones de la sexualidad, como las restricciones en toda expresión sexual fuera del matrimonio o los abusos contra los trabajadores sexuales, e identificar causas comunes de formas de expresión diferentes”.²⁹⁰

El término de derechos sexuales cobra un reconocimiento explícito en la doctrina y entre las instituciones internacionales a partir del informe de 2004 del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, en el que expresa que la correcta comprensión de los principios fundamentales y de los normas sobre derechos humanos conlleva “el ineludible reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos”²⁹¹. De acuerdo con el Relator Especial, los derechos sexuales incluyen: “el derecho de todas las personas de expresar su orientación sexual sin miedo a la persecución, al rechazo de la libertad o la

²⁸⁸ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Op.cit.*p.7

²⁸⁹ *Ibidem.*p.7

²⁹⁰ SAIZ, I. “Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation- A Decade of Development and Denial at the UN” *Health and Human Rights* 7, no.2 (2004).p.66

²⁹¹ HUNT, P. Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe E/CN.4/2004/49/Add.1 1º de marzo de 2004.

injerencia social [...], el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva.”²⁹²

La Organización Mundial de la Salud ha establecido que los derechos sexuales abarcan determinados derechos humanos ya reconocidos en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de derechos humanos entre los que destaca: los derechos esenciales para el desarrollo de la salud sexual, los derechos a la igualdad y la no discriminación, el derecho a no ser torturado o sujeto a un trato inhumano, degradante o cruel, el derecho a la intimidad, el derecho al disfrute del más alto posible nivel de salud (incluida la salud sexual) y a la seguridad social, el derecho al matrimonio y a fundar una familia con libre y pleno consentimiento de los contrayentes y en plena igualdad tanto en la constitución como en la disolución del matrimonio, los derechos de información y de educación, los derechos a la libertad de opinión y de expresión, y el derecho a un recurso efectivo por las violaciones de los derechos fundamentales.²⁹³ Esta definición adolece, sin embargo, de una rígida vinculación de los derechos sexuales con aquellos con transcendencia en el ámbito de la salud, dado el mandato de la OMS.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano responsable de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹⁴, consagró el principio de no discriminación, entre otros motivos por el género o por la orientación sexual, en el derecho a la salud. Así, en la Observación General nº 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité entiende que “en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color,

²⁹² *Ibidem*

²⁹³ Debe matizarse que esta definición publicada por la Organización Mundial de la Salud en su página web “para contribuir al actual debate sobre salud sexual” no representa ninguna posición oficial de la Organización y no debe citarse como tal, como indica la misma página web. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/#

²⁹⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue creado por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para el desempeño de las funciones recogidas en la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, *estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)*, *orientación sexual* y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”²⁹⁵.

El ámbito de la salud ha sido, y sigue siendo, la vía principal para poder reivindicar el reconocimiento de los derechos sexuales. Sin embargo, algunos autores y ONGs manifiestan que la relación de la sexualidad con la salud, aunque fundamental para cuestiones esenciales como las mejoras en la salud maternal o para determinar políticas para la prevención y la lucha contra la estigmatización de las personas que viven con el VIH/SIDA más allá de la óptica heteronormativa, no sólo ha supuesto la patologización de muchos aspectos de la sexualidad sino que también deja fuera del marco jurídico de los derechos sexuales derechos de naturaleza civil y política: como el derecho de asociación, el derecho de libre expresión o el derecho a la intimidad.²⁹⁶

1.2. Las normas internacionales jurídicamente no vinculantes sobre los derechos sexuales

De entre los principales declaraciones, informes y documentos sobre los derechos sexuales emitidos desde las ONGs, asociaciones y congresos internacionales y otras entidades que integran la sociedad civil global destacan: la Declaración de los Derechos Sexuales de la Asociación Mundial de Sexología, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género y la Declaración sobre Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Paternidad Planificada.

A pesar de que se traten de normas jurídicamente no vinculantes, la doctrina iusinternacionalista acepta de forma generalizada que las normas que

²⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General Nº 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. U.N. Doc. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000.

²⁹⁶ Véase a NARRAIN, A. “The Articulation of Rights around Sexuality and Health: Subaltern Queer Cultures in India in the Era of Hindutva”, 7 *Health and Human Rights*. 2004. Véase también INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Op.cit.p.9*

conforman el denominado “Derecho blando” (del término *soft law* en inglés) no sólo influyen en la práctica de los Estados en cuanto instrumentos jurídicos de promoción sino que también forman parte del proceso de cristalización de normas jurídicamente vinculantes tanto por constituir el antecedente de su futuro reconocimiento en tratados internacionales como, en palabras de HENKIN, “por afectar la práctica de los Estados constitutiva de la costumbre internacional”.²⁹⁷

La Declaración de los Derechos Sexuales fue elaborada en el 13º Congreso Mundial de Sexología, que tuvo lugar en Valencia, España, en 1997, para ser posteriormente revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1999 en el XV Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China. La relevancia de la Declaración de los Derechos Sexuales reside en la definición de la terminología y delimitación del contenido de los derechos sexuales y en la interdisciplinariedad de los miembros que conforman la Asociación Mundial de Sexología, procedentes de diversos ámbitos del conocimiento como la Psicología, la Biología, las Ciencias de la Educación o el Derecho.

El Preámbulo de la Declaración establece los dos fundamentos esenciales sobre los que se asienta. Por una parte, considera que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano y, por tanto, “su desarrollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, placer, ternura y amor”²⁹⁸. Por otra parte, establece que los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. En este sentido, se vinculan la salud sexual con el derecho humano fundamental de la salud, “pues es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social”.²⁹⁹

La Declaración recoge categorías diferenciadas de derechos sexuales. En primer lugar, expresa los derechos humanos fundamentales a la libertad, a la

²⁹⁷ HENKIN, L. *International Law: Politics and Values*. Brill Academic Pub, 1995 p.180

²⁹⁸ ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SEXOLOGÍA. Declaración del 13.º Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1999 en el XV Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China. Disponible en: <http://www.fess.org.es/derechos-sexuales.php>. Preámbulo.

²⁹⁹ *Ibidem*. Preámbulo

autonomía individual, a la intimidad y a la igualdad circunscritos al ámbito de la sexualidad. En segundo lugar, de forma innovadora, establece dos derechos para cada una de las dos vertientes de la sexualidad, el erotismo y el afecto: el derecho al placer sexual y el derecho a la expresión sexual emocional³⁰⁰. En tercer lugar, se recogen dos derechos que orbitan sobre el reconocimiento de la autonomía individual de la persona, tanto en la constitución y en la disolución de vínculos sexuales como en la toma de decisiones reproductivas. Por último, la Declaración establece los derechos a la información sexual, a la educación sexual y a la atención de la salud sexual.

Por otra parte, la Declaración sobre Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Paternidad Planificada (IPPF por sus siglas en inglés), de 2008, tiene como objetivo servir de herramienta para todas las organizaciones, activistas, investigadores y políticos que estén trabajando para promover y garantizar los derechos humanos “para ayudar a comprender y establecer compromisos duraderos basados en el vínculo entre los derechos sexuales, la salud pública y el desarrollo”³⁰¹.

En ella se establecen siete principios generales para proporcionar un marco de referencia para los diez derechos sexuales que reconoce. En este sentido, entiende la IPPF que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de cada ser humano y que, por tanto, “debe crearse un medio ambiente favorable en el cual cada persona pueda disfrutar de sus derechos sexuales como parte del proceso de desarrollo” (Principio I). Además señala que “la garantía de los derechos sexuales para todas las personas incluye un compromiso con la libertad y la protección del daño”(Principio V).

En los principios generales, la Declaración establece que la sexualidad y el placer derivado de ella es un aspecto central del ser humano,

³⁰⁰ El derecho al placer sexual se entiende como “la prerrogativa al disfrute y goce sexual (incluyendo el autoerotismo)”, y que la Declaración concibe como una “fuente de bienestar físico, intelectual y espiritual”, mientras que el derecho a la expresión sexual emocional, que trascendiendo el placer erótico o los actos sexuales, supone “la facultad a manifestar la sexualidad a través de la expresión emocional y afectiva como el cariño, la ternura y el amor”. ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SEXOOGÍA. Declaración del 13.º Congreso Mundial de Sexología. *Op.cit.* articulado.

³⁰¹ INTERNATIONAL PLANIFIED PARENTHOOD FEDERATION. Declaración sobre Derechos Sexuales: una Declaración de IPPF. Octubre de 2008. Disponible en: http://ippf.org/sites/default/files/ippf_sexual_rights_declaration_spanish.pdf p.VII

“independientemente de si la persona elige reproducirse o no hacerlo”(Principio IV), aunque matiza de forma genérica, “que los derechos sexuales pueden estar sujetos solamente a las limitaciones que determine la ley, con el propósito de asegurar el debido reconocimiento y respeto por los derechos y libertades de los demás y del bienestar general en una sociedad democrática.”(Principio VI).

Uno de los aspectos fundamentales de la Declaración de la IPPF es que vincula la plena protección de los derechos sexuales con la no discriminación. En esta línea, dispone que la no discriminación es subyacente a la protección de todos los derechos humanos, prohibiendo “cualquier distinción, exclusión o restricción con base en el sexo, edad, género, identidad de género, orientación sexual, estado civil; historia o comportamiento sexual, ya sea real o imputado; raza; color; origen étnico; idioma; religión; opinión política o de otro tipo; origen nacional, geográfico o social, propiedad; nacimiento; discapacidad física o mental; estado de salud, incluyendo el VIH; así como el estatus civil, político, social o de otro tipo, que tenga el propósito o efecto de perjudicar o nulificar el reconocimiento, disfrute o ejercicio en condiciones de igualdad con otras personas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, cultural, civil o de cualquier otro tipo.”³⁰²

Los derechos sexuales reconocidos en la Declaración de la IPPF son: el derecho a la igualdad, a una protección legal igualitaria y a vivir libres de toda forma de discriminación basada en el sexo, la sexualidad o el género, el derecho de todas las personas a la participación, sin importar su sexo, sexualidad o género, los derechos a la vida, libertad, seguridad de la persona e integridad corporal, el derecho a la privacidad, el derecho a la autonomía personal y al reconocimiento ante la ley, el derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión; derecho a la asociación, el derecho a la salud y a los beneficios del avance científico, el derecho a la educación e información, el derecho a elegir si casarse o no y a formar y planificar una familia, así como a decidir si tener o no hijos y cómo y cuándo tenerlos y el derecho a la rendición de cuentas y reparación de daños. Además, la Declaración presta especial atención a los derechos sexuales de los menores

³⁰² *Ibíd.* Principio III

al subrayar que “los derechos y protecciones garantizados para las personas menores de dieciocho años difieren de los de los adultos y deben tomar en cuenta las capacidades evolutivas del menor como individuo para ejercer sus derechos en su propio nombre”. (Principio II)

Por último, dentro de estas normas de Derecho blando, destacan por su sistemática, similar a las diversas declaraciones de derechos humanos aprobadas en el seno de las Naciones Unidas, como por su objetivo, su futura incorporación formal al Derecho Internacional Público, los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, comúnmente conocidos como los Principios de Yogyakarta, ciudad en la que se elaboraron en 2007.

Los Principios de Yogyakarta, redactados por un grupo de juristas y expertos en derechos humanos reconocidos internacionalmente, presentan una delimitación coherente de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y realizar los derechos humanos de todas las personas con independencia de su orientación sexual o identidad de género³⁰³. Cada Principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados. Además, los autores también ponen énfasis en que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger los derechos humanos. De este modo, los Principios también incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo el Sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras³⁰⁴.

En términos generales, los 29 principios versan sobre los siguientes derechos consagrados por el Derecho Internacional Público: el derecho al disfrute universal de los derechos humanos; los derechos a la igualdad y a la no discriminación; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la seguridad; el derecho a la privacidad; el derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente; el derecho a un

³⁰³ O'FLAHERTY, M et FISHER, J. “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles”. *Human Rights Law Review*. 8:2. 2008. p.207

³⁰⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. Marzo de 2007. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48244e602.html>

juicio justo; el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente: el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; el derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas; el derecho al trabajo; el derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a una vivienda adecuada; el derecho a la educación; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; la protección contra abusos médicos; el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de movimiento; el derecho a procurar asilo; el derecho a formar una familia; el derecho a participar en la vida pública; el derecho a participar en la vida cultural; el derecho a promover los Derechos Humanos; el derecho a recursos y resarcimientos efectivos y la responsabilidad penal.

La presentación de los Principios de Yogyakarta tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Los Principios han tenido un amplio impacto tanto a nivel doctrinal como institucional. De acuerdo con BROWN, los Principios de Yogyakarta han contribuido al desarrollo del Derecho Internacional no vinculante y a la aprobación de normas y políticas en diferentes países en materia de orientación sexual e identidad de género.³⁰⁵ En especial, conviene destacar por el objeto de estudio del presente trabajo, que el ACNUR ha citado estos principios como prueba para la aplicabilidad del Derecho Internacional a las cuestiones vinculadas sobre la orientación sexual y la identidad de género y recomienda su consideración como una referencia a seguir en la toma de decisiones por parte de los tribunales nacionales³⁰⁶.

³⁰⁵ BROWN, D. "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta Principles". *Michigan Journal of International Law*. Vol, 31. p.828

³⁰⁶ ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. 21 de noviembre de 2008, Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html>.p.6

1.3. El trabajo de las Naciones en el reconocimiento y la protección de los derechos sexuales

Ninguna de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos regula explícitamente los derechos sexuales o hace mención a la sexualidad como un ámbito esencial de la personalidad susceptible de protección. Sin embargo, dentro de las observaciones generales, las observaciones finales y los mecanismos de comunicaciones de particulares existentes en el seno del Sistema de Tratados de Derechos Humanos, formado por los Comités creados para vigilar e interpretar cada uno de los Tratados de Derechos Humanos y por los mecanismos especiales, se encuentran importantes decisiones y recomendaciones para los Estados en relación con los derechos sexuales.

En 2010, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales decide abordar el estudio de la aplicabilidad de los derechos establecidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en el ámbito de la sexualidad y de la reproducción. La base principal del proyecto de una futura Observación General nº 22 sobre el “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva” reside en el derecho a la salud (art.12 del Pacto), aunque también se presta atención a los derechos de gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (art 15), a la educación (art.13), a la seguridad social (art.11), a la protección de la familia y de los hijos (art.10) y al derecho a la no discriminación (arts.2 y 3). En la actualidad el proyecto de Observación General nº22 está experimentando una fuerte oposición dentro y fuera del Comité, principalmente por parte de la Iglesia Católica y de los países islámicos contrarios al derecho a la salud sexual y reproductiva por su oposición al aborto.³⁰⁷

Otros Comités de Tratados de Derechos Humanos también han interpretado la aplicación de los derechos incluidos en sus respectivos instrumentos internacionales en relación con aspectos vinculados a la sexualidad. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha aprobado la

³⁰⁷ ROSEMAN, M.J. et MILLER, A.M. “Normalizing sex and its discontents: establishing sexual rights in International Law”. *Harvard Journal of Law and Gender*. Vol.34.p348

Observación General nº18 sobre mujeres discapacitadas,³⁰⁸ la Observación General nº 19 relativa a la violencia contra las mujeres,³⁰⁹ la Observación General nº21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares,³¹⁰ y la Observación General nº 24 relativa a la mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)³¹¹. ROSEMAN y MILLER señalan que, aunque el Comité contra la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha participado en el avance por los derechos de la mujer, paradójicamente ha sido el Comité que menos aportaciones ha realizado en la consolidación jurídica de los derechos sexuales.³¹²

De hecho, no sería hasta el año 2010 que el CEDAW, por sus siglas en inglés, se refiera a la orientación sexual y a la identidad de género de las mujeres en la Observación General nº27 sobre mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos y en la Observación General nº 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2.³¹³ En esta última, el CEDAW dispone que: “la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, *la orientación sexual y la identidad de género.*”³¹⁴

³⁰⁸ COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General Nº 18: Mujeres Discapacitadas 10th Sess., 3, U.N. Doc. A/46/38; GAOR, 46th Sess., Supp. No. 38 (1992);

³⁰⁹ COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General Nº 19: Violencia contra las mujeres. U.N. Doc. A/47/38.1993

³¹⁰ COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General nº 21: La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. U.N. Doc. A/49/38. 1994

³¹¹ COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General Nº 24: La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.1999

³¹² ROSEMAN, M.J. et MILLER, A.M. “Normalizing sex and its discontents: establishing sexual rights in International Law”. *Harvard Journal of Law and Gender*. Vol.34.p348.p.352

³¹³ COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General Nº 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 2010.

³¹⁴ *Ibíd.*p.18

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño también se ha pronunciado sobre estas cuestiones en la Observación General nº3 sobre el VIH/SIDA³¹⁵, en la Observación General nº 4 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes³¹⁶ y en la Observación General nº 11 sobre los derechos de los niños indígenas³¹⁷. Del mismo modo, el Comité contra la Tortura ha abordado en diferentes ámbitos los derechos sexuales en la Observación General nº2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Parte³¹⁸ y del Comité de Derechos Humanos, en la Observación General nº19 sobre el art.23 (la protección de la familia, el derecho al matrimonio y la igualdad de los contrayentes)³¹⁹, y en la Observación General nº28 sobre el art.3 (la igualdad de derechos entre hombres y mujeres).³²⁰

Dentro de los mecanismos especiales de las Naciones Unidas, destacan por el reconocimiento de la sexualidad como parte esencial de la persona y, en consecuencia, por la vinculación de la misma al ejercicio y disfrute de otros derechos humanos, el informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, en agosto 2009, y el informe presentado por Vernor Muñoz, Relator Especial sobre el derecho a la educación, en julio de 2010.

En el primero de ellos, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental incluye entre los sujetos vulnerables a las personas lesbianas, gays bisexuales, transexual e intersexuales citando directamente a los Principios de Yogyakarta. Así establece el informe que: “los principios 17 y 18 de los Principios de Yogyakarta ponen de relieve la importancia de salvaguardar el consentimiento informado de las minorías sexuales. Los proveedores de servicios de salud deben estar al

³¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/3 (2003)

³¹⁶COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).

³¹⁷COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 9 Los niños indígenas y sus derechos bajo la Convención. CRC/C/GC/11 (2009)

³¹⁸ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General No. 2: Implementation of Article 2 by States parties, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (Jan. 24, 2008);

³¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 19: Artículo 23. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1) (July 27, 1990);

³²⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 28: Artículo 3. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1) (Mar. 29, 2000).

corriente de las necesidades específicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y adaptarse a ellas”.³²¹

El informe contó con una firme y explícita oposición tras su presentación en la Asamblea General de las Naciones Unidas por países como Egipto, Bangladesh, Nigeria, en representación del grupo africano, o Pakistán. Este último país, en presentación de la Organización de la Conferencia Islámica denunció que: “el Relator se había extralimitado de su mandato y que debería evitar cuestiones altamente controvertidas en el futuro”³²². Conviene destacar que ya en 2004 el anterior Relator Especial sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, había definido la salud sexual como un “estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, y no simplemente la ausencia de afecciones, disfunciones o enfermedades; la salud sexual requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de gozar de experiencias sexuales agradables y seguras, exentas de coacción, discriminación y violencia”³²³.

Por otra parte, el informe provisional presentado por Relator Especial sobre el derecho a la educación, en julio de 2010, aborda el derecho a la educación sexual situándolo en el contexto del patriarcado y del control de la sexualidad. Partiendo de la premisa de que el patriarcalismo es un sistema que causa y perpetúa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, como son la violencia y la discriminación contra las mujeres, considera la educación como “la herramienta primaria y fundamental para combatir el patriarcalismo y para generar ese cambio cultural tan necesario para la igualdad entre las personas”. En este sentido, advierte que: “cuando no se organiza de manera adecuada, el sistema educativo conduce al resultado inverso, perpetuando la injusticia y la discriminación”.³²⁴

³²¹ GROVER, A. Relator Especial al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe A/64/272. 10 de agosto de 2009.parr.46

³²² NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa -Press Release, *The United Nations Office at Geneva, Human Rights Council Holds Interactive Debate with Mandate Holders on Right to Health, Extreme Poverty, and Violence Against Women* . 4 de junio de 2010.

³²³ HUNT, P. Relator Especial al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004. párrs. 53 y 54.

³²⁴ MUÑOZ, V. Relator Especial sobre el derecho a la educación. Informe provisional. A/65/162. 23 de julio de 2010.parr.8

El Relator explica de forma pertinente la interdependencia entre la sexualidad, la salud y la educación fundamentando la necesidad de la educación sexual en el logro del bienestar físico y psicológico que implica: “que las personas seamos capaces de cuidar nuestra salud, vivir nuestra sexualidad de manera positiva, responsable y con respeto a los demás, para lo cual requerimos ser conscientes de nuestras necesidades y derechos”.³²⁵ Además, el informe señala la relación del derecho humano a la educación sexual con otros derechos humanos como el derecho a la salud, el derecho a la información y los derechos sexuales y reproductivos.

La relevancia del informe provisional reside principalmente en tres factores:

- En primer lugar, el Relator Especial presenta el derecho a la educación sexual en el marco de las normas internacionales de derechos humanos, analizando las normas internacionales y regionales. En este sentido aborda la responsabilidad estatal y analiza las tendencias por regiones y países, así como las diferentes perspectivas y el importante papel de la familia y de la comunidad.
- En segundo lugar, reconociendo la necesidad de que la población mundial cuente con educación para prevenir el VIH/SIDA, el Relator Especial denuncia la limitada perspectiva sobre la sexualidad que se produce al restringir la educación sexual al abordaje de las enfermedades de transmisión sexual. En su opinión, reducir la educación sexual a estos aspectos puede inducir a la errónea asociación entre sexualidad y enfermedad, tan perjudicial como su asociación con el pecado³²⁶.
- En tercer lugar, el informe establece recomendaciones concretas dirigidas a los Estados y a la comunidad internacional con el fin de consagrar la necesidad y la pertinencia del derecho a la educación sexual integral.³²⁷

Al informe provisional se opusieron la Comunidad de países del Caribe (CARICOM) representada por Trinidad y Tobago, del Grupo Africano, representado por Mauritania, de la Organización de la Conferencia Islámica,

³²⁵ *Ibidem.* parr.12

³²⁶ *Ibidem.* parr.15

³²⁷ *Ibidem.* p.2

representado por Marruecos, y de Rusia. Estos países denunciaron que el Relator Especial había introducido conceptos no reconocidos por el Derecho Internacional, citando de forma selectiva utilizando fuentes no contrastadas, poniendo en peligro el bienestar de la infancia y de la familia y suponiendo una amenaza contra la existencia de los mecanismos especiales de las Naciones Unidas³²⁸. A pesar de que la Unión Europea, Canadá y Costa Rica se manifestaran a favor del informe defendiendo la necesidad y la importancia de la educación sexual y la independencia de los mandatos de los mecanismos especiales, el informe no fue presentado siguiendo el cauce habitual ante la Asamblea General por falta de apoyo político.

2. Los derechos humanos de las personas LGBTI y las obligaciones de los Estados de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos

2.1. El proceso de reconocimiento normativo de los derechos humanos de las personas LGBTI

Las Naciones Unidas no abordan la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI hasta el año 2008 en el que se aprueba la primera norma sobre la cuestión tras la propuesta franco-holandesa, respaldada por el apoyo de la Unión Europea. Sin embargo, como recuerda ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “el caldo de cultivo se había creado anteriormente, a través de numerosas actuaciones y propuestas que ayudaron a pergeñar aquella”.³²⁹ El 6 de agosto de 1992, el profesor y reconocido activista del colectivo LGBTI, Douglas Sanders, pronuncia su discurso sobre los derechos humanos de lesbianas y gays ante las Naciones Unidas, presentándose como “el primer homosexual que habla abiertamente como tal en cualquiera de los órganos de derechos

³²⁸ NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa-Press Release, General Assembly, Human Rights Council Texts Declaring Water, Sanitation Human Right; Also Holds Lengthy Exchange on Report on Sex Education; Hears UN Experts on Torture, Human Trafficking, Extreme Poverty, Physical and Mental Health, U.N. Press Release GA/SHC/3987. 25 de octubre de 2010.

³²⁹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”. *Revista General de Derecho Constitucional* Vol.17 (2013)p.28.

humanos de la ONU”.³³⁰ Once años después, en 2003, Brasil presenta la primera propuesta de resolución sobre la materia, abriendo el debate de los derechos de las personas LGBTI y posicionándolo en la agenda internacional de la lucha por los derechos humanos. Sin embargo, la firme oposición contraria de un amplio número de Estados, la mayor parte islámicos, y el proceso de reforma de la Comisión de Derechos Humanos conllevan a la retirada de la propuesta en 2005.

El proceso avanza y el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprueba la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género con la firma de 66 Estados.³³¹ La Declaración parte del reconocimiento del principio de la universalidad de los derechos humanos, “tal y como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo 60º aniversario se celebra este año” y del derecho a la igualdad sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, “tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”³³².

En ella se expresa la preocupación y la alarma por la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación

³³⁰ HUMAN RIGHTS ADVOCATES et ILGA. Declaración de los Derechos Humanos de Gays y Lesbianas. Presentado por el prof. DOUGLAS SANDERS en la 44ª Sesión Anual de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de las Minorías, celebrada del 3 al 28 de agosto de 1992 en Ginebra, Suiza. Disponible en: <http://ilga.org/es/article/405>.

³³¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/63/635. 22 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/635>. Firmada por Albania, Alemania, Andorra, la Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, el Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, el Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, el Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, el Gabón, Georgia, Grecia, Guinea-Bissau, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Montenegro, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Paraguay, Polonia, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Centroafricana, la República Checa, Rumania, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, el Uruguay y Venezuela.

³³² *Ibidem*. p.2

sexual o identidad de género, destacando que “estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos.”³³³ Los Estados firmantes condenan las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género, “en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”³³⁴.

Por ello, la Declaración incluye una petición a la comunidad internacional para tomar todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas,” para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención”³³⁵. Del mismo modo, los Estados firmantes urgen a que se aseguren las investigaciones de las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género y la protección adecuada a los defensores de derechos humanos.

La Declaración cuenta con una firme e inmediata oposición dentro de la Asamblea General. Por una parte, el Estado del Vaticano, aunque expresa su rechazo a la criminalización de la homosexualidad, se opone a la Declaración por entenderla como un paso hacia adelante en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.³³⁶ Por otra parte, 57 Estados, liderados por la República Árabe Siria, presentan al día siguiente otra Declaración en contra³³⁷. El análisis de esta contradeción revela los

³³³ Ibídem.p.5

³³⁴ Ibídem.p.6

³³⁵ Ibídem.p.11

³³⁶ DELEGACIÓN DEL ESTADO DEL VATICANO. Press Release, Statement of the Holy See at the 63rd Sess. of the Gen. Ass. Of the United Nations on the Declaration on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_tate/2008/documents/re_seg-st_20081218_statement-sexual-orientation_en.html.

³³⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Nota verbal de fecha 19 de diciembre de 2008 dirigida

al Secretario General por la Misión Permanente de la República Árabe Siria ante las Naciones Unidas. 26 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/663>. Firmada por Afganistán, Arabia Saudí, Argelia, Bahrén, Bangladesh, Benín, Brunei Darussalam, Camerún, Chad, Comoras, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Fiji, Gambia, Guinea, Guyana, Indonesia, Irán, Iraq, Islas Salomón, Libia, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Líbano, Malasia, Malawi, Maldivas, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Catar, República Árabe Siria, República Popular Democrática de Corea, Tanzania,

fundamentos sobre los que aquellos países que persiguen y vulneran los derechos humanos de las personas LGBTI justifican las legislaciones y las prácticas homofóbicas y transfóbicas.

En primer lugar, los Estados firmantes argumentan que la prohibición de la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género no es una cuestión regulada por el Derecho Internacional Público, como sí lo son otros motivos de discriminación sobre los que, en su opinión, debería centrarse el trabajo de las Naciones Unidas. En este sentido, manifiestan su “profunda preocupación por el intento de introducir en las Naciones Unidas ciertos conceptos que no tienen fundamento jurídico en ningún instrumento internacional de derechos humanos” y su inquietud por el “intento de prestar especial atención a ciertas personas en razón de sus intereses y su conducta sexual, haciendo caso omiso al mismo tiempo de que, lamentablemente, en diversas partes del mundo subsisten la intolerancia y la discriminación por razones de color, raza, género o religión para mencionar unas pocas”³³⁸.

En segundo lugar, los Estados firmantes demuestran un profundo desconocimiento y un explícito interés en demonizar la orientación sexual y la identidad de género, justificando su rechazo a la declaración en el hecho de que “el concepto de orientación abarca una amplia variedad de opciones personales que van mucho más allá del interés sexual de la persona en la cópula con seres humanos adultos, normales y que consienten en ella, con lo cual introduce la idea de la normalización social y posiblemente, la legitimación social de muchos actos deplorables, la pedofilia entre ellos”³³⁹.

Por último, la contradecларación destaca lo dispuesto en el art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho de los Estados miembros a promulgar leyes que cumplan las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática³⁴⁰.

Ruanda, Santa Lucía, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Suazilandia, Tayikistán, Togo, Túnez Turkmenistán, Uganda, Yemen, Zimbabue.

³³⁸ *Ibidem*

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948. El art.29 dispone que: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Conviene resaltar que en esta misma línea se han pronunciado autores como YECIES que entienden que la prohibición de discriminación establecida en el art.2 debe operar en función de las particularidades de cada sistema jurídico nacional de acuerdo con lo dispuesto en el art.29 que menciona las exigencias de la moral y del orden público.³⁴¹ Sin embargo, tanto los Estados firmantes de la contradecларación como la citada autora se olvidan mencionar el artículo siguiente de la Declaración Universal, el art.30, que establece que: “nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. Además, la importante cuestión sobre la universalidad de los derechos humanos frente a la posibilidad de limitarlos en función de las particularidades culturales o religiosas de cada Estado o región fue abordada por la Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 que confirmaron que, aunque “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”³⁴².

A pesar de la férrea oposición y del encendido debate que genera la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género, en julio de 2011, por iniciativa de Sudáfrica, el Consejo de Derechos Humanos aprueba la primera resolución sobre la materia titulada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”³⁴³. La votación de la resolución pone de manifiesto la fragmentación existente sobre esta materia en la comunidad internacional, obteniendo 23 votos a favor, 19 en contra y 3 abstenciones³⁴⁴. La resolución es

³⁴¹ YECIES, S: “Sexual Orientation, Discrimination, and the Universal Declaration of Human Rights”. *Chicago Journal of International Law*, 11-2 (2011), pp. 799 y ss.

³⁴² DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 14 a 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. p.5

³⁴³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género 17º período de sesiones Tema 8 de la agenda Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. A/HRC/RES/17/19. 14 de julio de 2011.

³⁴⁴ Los países que votaron a favor fueron: Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Hungría, Japón,

considerada de hito histórico tanto a nivel institucional como doctrinal y es la base para el trabajo posterior que ha realizado las Naciones Unidas por los derechos humanos de las personas LGBTI, en especial el Secretario General y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁴⁵.

La resolución 17/19 parte del reconocimiento de los principios que caracterizan la naturaleza de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los mismos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y “definidos ulteriormente en otros instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos fundamentales pertinentes de derechos Humanos”³⁴⁶. Además la resolución recuerda a todos los Estados miembros el principio de no discriminación que afirma que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”³⁴⁷. Los Estados firmantes expresan su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género y, por ello, piden a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la realización de un estudio “a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”³⁴⁸.

El estudio solicitado fue publicado en diciembre de 2011 bajo el título *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su*

Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay. En contra votaron: Angola, Arabia Saudita, Bahréin, Bangladesh, Camerún, Djibouti, Federación de Rusia, Gabón, Ghana, Jordania, Malasia, Maldivas, Mauritania, Nigeria, Pakistán, Qatar, República de Moldavia, Senegal, Uganda. Y los tres países que se abstuvieron fueron: Burkina Faso, China y Zambia.

³⁴⁵ Para ver las declaraciones y los discursos del Secretario General, BAN KI-MOON, de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, NAVI PILLAY, y del Asistente del Secretario General, IVAN SIMONOVIC puede consultarse la página web: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTSpeechesandstatements.aspx>

³⁴⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/19. *Op.cit*

³⁴⁷ *Ibídem*

³⁴⁸ *Ibídem*

orientación sexual e identidad de género³⁴⁹. En él, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, denuncia las diferentes formas de violencia, incluyendo asesinatos, violaciones, torturas y otras formas de trato cruel, inhumano y degradante perpetradas contra las personas LGBTI en todas las regiones del mundo. El trabajo considera las legislaciones discriminatorias en relación la aplicación de la pena de muerte y la detención y el arresto arbitrarios. Posteriormente, describe algunas prácticas discriminatorias en el área del empleo, de la salud y de la educación, así como las restricciones sobre la libertad de expresión, asociación y asamblea, las prácticas discriminatorias en la familia y en la comunidad y el rechazo al reconocimiento de las relaciones homosexuales. Por último, el informe también menciona algunas respuestas emergentes a nivel nacional y ofrece conclusiones y recomendaciones.

A modo de síntesis, las recomendaciones que establece el estudio de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a los Estados miembros son:

- Mejorar las respuestas de los Estados ante la violencia homofóbica y transfóbica. Se debe garantizar el registro y la información por agentes de seguridad debidamente formados, así como la acción y la investigación necesarias para perseguir y condenar a los responsables.
- Modificar las leyes discriminatorias que tratan a las personas como delincuentes por el hecho de su orientación sexual o identidad de género por leyes que establezcan una adecuada protección jurídica a las personas en riesgo de sufrir discriminación homofóbica o transfóbica.
- Reconocer que el sustrato de la discriminación y de la violencia es el prejuicio. En este sentido, los Estados debe agilizar el proceso con información pública efectiva que desafíe la homofobia y los estereotipos negativos³⁵⁰.

³⁴⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011. Disponible en : http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf

³⁵⁰ Ibídem. Recomendaciones.

2.2. Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género

Las obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos de las personas LGBTI derivan de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Además de la obligación de los Estados de ofrecer protección internacional a aquellas personas perseguidas por motivos de su orientación sexual o identidad de género, a cuyo análisis se dedica por completo el capítulo 4, las principales obligaciones de los Estados son: la protección del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la protección del derecho a la intimidad y contra la detención arbitraria, la protección de las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género y la protección del derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión de forma no discriminatoria. El presente epígrafe tiene como objeto el análisis de la naturaleza y el alcance jurídico de estas obligaciones de acuerdo con las fuentes normativas del Derecho Internacional Público.

2.2.a) La protección del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas LGBTI

El derecho a la vida es considerado el derecho humano supremo, en cuanto su protección y su garantía son esenciales para el ejercicio del resto de los derechos humanos. El derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida es un derecho universal protegido por los principales instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos: en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el art.9 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; en el art. 6 del Convenio de los Derechos del Niño; en el art. 10 del Convenio sobre las Personas con Discapacidad; en el Principio 1 de los Principios de la ONU relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias ; en el art. 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos

indígenas y en el art. 5 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. A nivel regional, el derecho a la vida queda protegido por el art. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el art. 5 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos; el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el art. 2 de la Carta Fundamental de Derechos de la Unión Europea.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la vida es el “derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”³⁵¹. Los diferentes tribunales regionales de derechos humanos también han destacado el carácter esencial del derecho a la vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que: “en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”³⁵². En esta misma línea, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha afirmado que el derecho a la vida es “la piedra angular sobre la que se articulan todos los demás derechos (y) la fuente por la que fluyen los demás derechos”³⁵³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado, por su parte, que el derecho a la vida es objeto de interpretación extensiva y cualquiera de sus limitaciones “se debe interpretar estrictamente”³⁵⁴

El art.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”³⁵⁵. El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

³⁵¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 6: El derecho a la vida (Artículo 6), para. 1, y Observación General N° 14: Armas nucleares y el derecho a la vida (Artículo 6), para. 1.

³⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagran-Morales y Otros) c. Guatemala, doc. cit., párrafo 144.

³⁵³ COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Caso Forum of Conscience v. Sierra Leone, Comunicación N° 223/98 (2000), para 19.

³⁵⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. , Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Caso McCann y Otro c. Reino Unido, Aplicación N° 17/1994/464/545, para. 147.

³⁵⁵ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948. Art. 3

(PIDCP) afirma que: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”, estableciendo que el derecho a la vida debe estar protegido por ley y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. El mismo artículo expresa respecto a los países en que no hayan abolido la pena capital que “sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”. Además, el citado artículo también prevé el derecho a solicitar el indulto de toda persona condenada a muerte, señalando que: “la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”.³⁵⁶

De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas, las violaciones del derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se pueden agrupar en tres categorías:

- las ejecuciones sumarias: la base de este concepto es la aplicación de la pena de muerte en condiciones prohibidas por el derecho internacional;
- las ejecuciones arbitrarias: las privaciones de la vida debido a un uso excesivo o ilegal de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en condiciones que son contrarias a aquellas que prescribe el derecho internacional,
- las ejecuciones extrajudiciales: relacionadas con la categoría de asesinato u homicidio intencionado en el derecho penal. Se incluyen en esta definición los asesinatos políticos y las muertes causadas por ataques o muertes perpetrados por las fuerzas de seguridad del Estado, grupos paramilitares, escuadrones de la muerte u otras fuerzas privadas que cooperen con el gobierno o que éste tolere.³⁵⁷

El derecho a la vida genera dos obligaciones principales a los Estados, conforme a lo establecido por el Derecho Internacional Público. En primer lugar, la obligación negativa de que nadie sea privado arbitrariamente de su vida, obligación absoluta de naturaleza de *ius cogens* que no puede ser derogada en circunstancia alguna. En consecuencia, “un Estado no puede, ni

³⁵⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. Art.6

³⁵⁷ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit.p.92

siquiera en tiempo de guerra, peligro público u otras amenaza que afecte su independencia o seguridad, adoptar medidas que suspendan la obligación de proteger el derecho a la vida”³⁵⁸. Y, en segundo lugar, la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para garantizar y proteger el derecho a la vida. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha establecido que: “el Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva”³⁵⁹.

De acuerdo con lo destacado en el capítulo I del presente estudio, la pena de muerte está contemplada como condena contra los actos homosexuales en Yemen, Irán, Mauritania, Sudán, Arabia Saudí y en algunas regiones y Estados de Nigeria y de Somalia. Según lo establecido en múltiples resoluciones, dictámenes, comunicaciones y sentencias de órganos, comités y tribunales de derechos humanos, la imposición de la pena capital por mantener relaciones homosexuales consentidas entre adultos, así como las ejecuciones extrajudiciales o los asesinatos por razón de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, son una violación flagrante del derecho a la vida.³⁶⁰ Además de vulnerar los derechos a la vida, a la intimidad y a la no discriminación, como ha destacado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la aplicación de la pena de muerte en estas circunstancias supone una vulneración del citado art. 6 del PIDCP, ratificado por todos los Estados mencionados menos por Arabia Saudí³⁶¹.

³⁵⁸ *Ibíd.* p. 90

³⁵⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Op.cit.* para.9

³⁶⁰ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op.cit.*p.96. Véase las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán. para. 8; Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución N° 2005/59, La cuestión de la pena de muerte, de 20 de abril de 2005, para. 7.f, y la Resolución 2003/67, La cuestión de la pena de muerte, de 24 de abril de 2003, para. 4.d; Asamblea General de Naciones Unidas, Resoluciones sobre las “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” N° 61/173 de 19 de diciembre de 2006, N° 59/197 de 20 de diciembre de 2004, y N° 57/214 de 18 de diciembre de 2002; Informe del Relator Especial, señor Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2006/53/Add.4 de 7 de enero de 2006; Informe del Relator Especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Guatemala, A/HRC/4/20/Add.2, 19 de febrero de 2007, e Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, para. 116.

³⁶¹ Sudan ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 18 de marzo de 1986, Yemen el 9 de febrero de 1987, Somalia el 24 de enero de 1990, Nigeria el 29 de julio de 1993

El Comité de Derechos Humanos, órgano responsable de vigilar el cumplimiento del PIDCP, se ha pronunciado en diferentes ocasiones señalando, en este mismo sentido, que las legislaciones penales que prevén la pena de muerte contra las prácticas o conductas homosexuales suponen una vulneración del art.6 del PIDCP. En las observaciones finales del informe de Sudán, en 1998, manifestó el Comité que “la pena de muerte prevista para delitos no considerados de mayor gravedad, como la apostasía, mantener un tercer acto homosexual, mantener relaciones sexual ilícitas, apropiación indebida por parte funcionarios públicos y robo con violencia, no es compatible con el art.6 del Pacto del que es Estado parte”. El Comité subrayó que la pena de muerte sólo debe operar en los delitos más graves, de acuerdo con el art.6, y debe ser abolida para los otros tipos de delitos³⁶².

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha indicado explícitamente que la imposición de la sentencia de muerte por una práctica sexual privada, como la sodomía, es una violación del derecho internacional.³⁶³ La anterior Relatora Especial sobre la misma cuestión ya había señalado que "sólo puede imponerse la pena de muerte por los más graves delitos, disposición que excluye claramente las cuestiones de orientación sexual"³⁶⁴.

La obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias frente a las amenazas y vulneraciones del derecho a la vida cobra especial relevancia en los supuestos de personas LGBTI, ya que una parte significativa de las violaciones del derecho a la vida por motivos de orientación sexual e identidad de género no sólo tienen lugar por la acción de los agentes estatales sino por la inacción o falta de adopción de medidas para proteger. En este sentido, la Relatora Especial destacó una serie de medidas necesarias que deben adoptar

y Mauritania el 17 de noviembre de 2004. De todos ellos, sólo Mauritania presentó una reserva al tratado en relación con los arts.18 y 23, libertad de conciencia y religiosa y derechos de los cónyuges, destacando que estas obligaciones no podrán vulnerar lo dispuesto por la ley islámica la Sharía.

³⁶² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Sudán. A/53/40 vol. I.1998.p.23,para. 119.

³⁶³ ALSTON. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, Doc. de las UN: E/CN.4/2006/53/Add.4, de 7 de enero de 2006, para. 37. En relación con la situación de algunas regiones en Nigeria, en lo que respecta a la sodomía, la imposición de la pena de muerte por una relación sexual íntima es claramente incompatible con las obligaciones internacionales de Nigeria.

³⁶⁴ JAHANGIR, A. Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. E/CN.4/2000/3, para. 57.

los Estados en los siguientes términos: “se investigarán rápida y rigurosamente los asesinatos y las amenazas de muerte, con independencia de la orientación sexual de las víctimas. Se adoptarán políticas y programas encaminados a superar el odio y los prejuicios contra los homosexuales y a sensibilizar a las autoridades y al público en general hacia los delitos y actos de violencia contra quienes pertenecen a una minoría sexual”³⁶⁵.

En cualquier caso, la existencia de una legislación punitiva que condena las prácticas homosexuales incita, y más aún en los casos en los que se contempla la pena capital, a la persecución institucional y a la estigmatización social de las personas LGBTI, posicionándolos en una situación de grave vulnerabilidad. De este modo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha advertido que: “su rango de ley justifica la persecución por grupos de vigilancia e incita a que se cometan abusos”.³⁶⁶

2.2.b) La despenalización de la homosexualidad y la prohibición de privaciones arbitrarias de libertad

En la actualidad, en 76 países existen leyes que criminalizan a las personas por su orientación sexual o su identidad de género real o presunta. Como se ha analizado en el Capítulo 1 del presente estudio, todas estas leyes son a menudo vestigios de la época colonial, utilizando en algunos casos términos jurídicamente no determinados como “moralidad”, “libertinaje” o “contra natura”. De acuerdo con el mencionado informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2011 presentado ante la Asamblea General: “la penalización de las relaciones homosexuales íntimas consentidas constituye una conculcación de los derechos individuales a la intimidad y a la no discriminación, así como una vulneración de las normas internacionales de derechos humanos”³⁶⁷.

³⁶⁵ JAHANGIR, A. Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002, para. 148.

³⁶⁶ ALTA COMISIONADA DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LAS NACIONES UNIDAS. A/HRC/8/3/Add.3, para. 76.

³⁶⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p.41

En 1994, en el caso Toonen c. Australia, el Comité de Derechos Humanos estableció que la legislación que penalizaba la homosexualidad constituía una injerencia ilegal en el derecho a la intimidad, protegido y garantizado en el art. 17 del PIDCP, y en la garantía de disfrute de este derecho según el Artículo 2.1³⁶⁸. Según el Comité, “es irrelevante si las leyes por las que se penalice esa conducta se aplican o no; su mera existencia es una injerencia continua y directa en la vida privada de la persona”³⁶⁹. Desde entonces, este órgano y otros comités de tratados de derechos humanos y procedimientos especiales han instado reiteradamente a los Estados a que modifiquen sus leyes por las que se penalizan la homosexualidad o las relaciones homosexuales consentidas entre adultos y han celebrado su derogación³⁷⁰.

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en múltiples ocasiones para expresar que la criminalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal, protegido en el art. 17 del PIDCP y un supuesto de discriminación prohibida en los arts.2 y 26 del PIDCP. En 1995, en las observaciones finales del informe de Estados Unidos, el Comité consideró “como una injerencia discriminatoria en la vida privada la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo en privado”, existente en aquella fecha en varios Estados de los Estados Unidos.³⁷¹ Del mismo modo, en las observaciones finales del informe de Chile, en 1998, el Comité le instó a la modificación de la legislación que entonces penalizaba las relaciones homosexuales entre adultos y con consentimiento al considerarlas como “una intromisión en el derecho a la intimidad protegido bajo el art.17 del Pacto”. Por ello, el Comité le recomendó “la abolición del delito de sodomía entre adultos”³⁷². El mismo criterio queda expresado en las observaciones finales en el informe de Rumanía, de 1999, en las que el Comité

³⁶⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 31 de marzo de 1994, Comunicación N° 488/1992, Caso Nicholas Toonen c. Australia, Doc. de las NU: CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994. Véase.

³⁶⁹ *Ibidem.* para. 8.2.

³⁷⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.*p42.

³⁷¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Estados Unidos de América. A/50/40 vol. I. 1995. p.52, par. 287.

³⁷² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales Chile. A/54/40 vol. I., 1999. p. 47, par. 216.

subrayaba que “las disposiciones que penalizan las relaciones homosexuales consentidas entre adultas restringen el derecho a la intimidad y deben ser modificadas”³⁷³.

Además, el Comité ha aconsejado la modificación de la legislación penal que criminaliza las relaciones homosexuales en las observaciones finales de los informes de países como Chipre³⁷⁴, a Lesoto³⁷⁵ y Zimbabue. Conviene resaltar que a este último le recomendó la adecuación a las disposiciones del Pacto de toda la legislación que discrimine a los homosexuales, “como aquella que considera a los homosexuales como personas prohibidas en materia migratoria y son objeto de deportación”³⁷⁶.

En esta misma línea, los titulares de mandatos de procedimientos especiales han destacado la relación entre la penalización y los delitos motivados por el odio, los abusos de la policía, la tortura y la violencia familiar y comunitaria de carácter homofóbico, así como las limitaciones que la penalización impone a la labor de los defensores de los derechos humanos que se dedican a la protección de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans³⁷⁷. En este sentido, el Relator Especial sobre el derecho a la salud observó que “cuando el Estado sanciona este tipo de castigo, los prejuicios existentes se consolidan, legitimándose la violencia comunitaria y la brutalidad policial contra los afectados”³⁷⁸. Del mismo modo, la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha manifestado que la tipificación penal agrava la estigmatización social y hace a las personas “más vulnerables a la violencia y a los abusos en materia de derechos humanos, incluidas las amenazas de muerte y las violaciones del derecho a la vida, que suelen cometerse en un clima de impunidad”³⁷⁹.

³⁷³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Rumanía. A/54/40 vol. I. 1999. p.70, par. 375.

³⁷⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Chipre. A/53/40 vol. I.1998.p.34.par. 190.

³⁷⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Lesoto. A/54/40 vol. I. 1999. p. 53, par. 256.

³⁷⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones Finales. Zimbabue. A/53/40 vol. I. 1998. p.37.par.226.

³⁷⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p42.

³⁷⁸ RELATOR ESPECIAL DEL DERECHO A LA SALUD. Informe A/HRC/14/20, para. 20.

³⁷⁹ RELATORA ESPECIAL SOBRE LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, SUMARIAS Y ARBITRARIAS. Informe A/57/138, para. 37.

Los efectos en la sociedad de estas leyes draconianas, con independencia de su aplicación activa, conllevan a la estigmatización de las personas LGBTI y al auge de comportamientos sociales homofóbicos y transfóbicos. En palabras de GOODMAN, “la existencia de leyes que penalizan determinadas manifestaciones de la orientación sexual o la identidad de género reduce el ámbito de libertad de las personas con una orientación homosexual o una identidad transgénero, aunque estas no se apliquen efectivamente”³⁸⁰. En este mismo sentido, THOMAS entiende que “la imposición establecida con el beneplácito del Estado de un aura de criminalidad a los hombres homosexuales por medio de estas leyes marca al conjunto de esta comunidad con una etiqueta de perversidad”³⁸¹.

Conviene destacar que, a pesar de que en la actualidad aún 76 países sigan criminalizando los actos homosexuales, desde el año 2000 se han derogado leyes por las que se penalizaban las relaciones homosexuales consentidas entre adultos en Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Georgia, Fiji, la India (aunque recientemente el Tribunal Supremo ha declarado nula la reforma judicial), las Islas Marshall, Nepal, Nicaragua, Panamá y los Estados Unidos, además de territorios dependientes de Nueva Zelanda y el Reino Unido. A este hecho se suma que, en el contexto del examen periódico universal varios Estados, como Mauricio, Nauru, Palau, Santo Tomé y Príncipe y Seychelles, han aceptado la recomendación de despenalizar la homosexualidad.³⁸²

El derecho a la libertad está estrechamente vinculado al “derecho a la seguridad de la persona” protegido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos ha establecido que: “el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto protege el derecho a la seguridad personal también fuera del contexto de la privación formal de libertad. Una interpretación del artículo 9 que admita que un Estado Parte haga caso omiso de amenazas contra la seguridad de personas no detenidas sujetas a su jurisdicción haría

³⁸⁰ GOODMAN, R. “Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics”, *California Law Review*, N° 89, 2001, p.643

³⁸¹ THOMAS, K. “Beyond the Privacy Principio”. *After Identity*, ed. D Danielson and K Engle, Routledge, Nueva York, 1995.

³⁸² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p43

totalmente ineficaces las salvaguardias del Pacto”.³⁸³ De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas: “este tipo de privación de libertad puede incluir la detención ordenada por una autoridad judicial y la puesta del detenido a disposición del juez, la detención administrativa, la privación de libertad por razones médicas y el arresto con fines de acoso, entre otros”³⁸⁴. Del mismo modo, los internamientos basados en la premisa de que las identidades homosexual o transgénero son “trastornos mentales” suponen también internamientos arbitrarios y una violación del derecho a la libertad.

Además, no puede olvidarse que las personas LGBTI también son víctimas de privaciones de libertad a través de detenciones y acusaciones basadas en apariencia en otras causas que sirven de pretexto para perpetrar una persecución oculta contra su orientación sexual o su identidad de género. Conviene subrayar al respecto que los códigos de moralidad ambiguos y las leyes que regulan la salud pública, la moralidad y el decoro público se suelen utilizar asimismo para efectuar detenciones arbitrarias por razones de orientación sexual, o de identidad o expresión de género³⁸⁵.

En este sentido, se ha pronunciado el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria (GTDA), en una opinión relativa al arresto de 55 hombres en una discoteca de El Cairo en 2001. A pesar de que el gobierno de Egipto señaló que las acusaciones no versaban sobre la orientación sexual de los detenidos, sino por delitos de “desprecio de la religión” y “la costumbre de realizar actos inmorales con hombres”, el Grupo de Trabajo estimó que las diligencias ordenadas por la Fiscalía, que incluían el “reconocimiento anal” de los detenidos, suponían una investigación por la orientación sexual destinada a determinar si los arrestados eran homosexuales y, por tanto, susceptibles de haber cometido el delito de “disensión social” según el art. 98, párrafo 1, del Código Penal egipcio³⁸⁶. En consecuencia, el Grupo de Trabajo estableció que la detención de los hombres acusados de incitar la “disensión social” constituía una privación de libertad arbitraria considerándose una acusación y una detención por razones de orientación sexual que infringía las disposiciones del

³⁸³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen 20 de marzo de 2000, Caso Carlos Dias c. Angola, doc. cit., párrafo 8.3

³⁸⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit.p.78

³⁸⁵ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit.p.79

³⁸⁶ *Ibidem*. p.80.

art. 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los arts. 2.1 y 26 del PIDCP.³⁸⁷ La misma línea de argumentación fue empleada posteriormente por el Grupo de Trabajo en un supuesto similar en Camerún, aunque en este caso se entendió que no sólo era una vulneración del derecho a lo no discriminación sino también una violación del derecho a la intimidad protegido por el art. 17 del PIDCP.³⁸⁸

Por último, es necesario destacar que cuando una persona lesbiana, gay, bisexual, trans o intersexual es detenida por la comisión de un delito, y no por su orientación sexual o identidad de género, como en cualquier supuesto de privación de libertad, el Estado debe asegurar la existencia de una serie de garantías y de derechos fundamentales. De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas, “las personas LGBT privadas de su libertad deben disfrutar de los mismos derechos y garantías que los demás detenidos, a saber: el derecho a que se les informe de las razones del arresto y de las acusaciones contra ellas; el derecho a que se les informe sobre sus derechos y sobre cómo disponer de ellos; el derecho a interponer un recurso destinado a cuestionar la legalidad de su arresto y obtener su libertad si la detención no fue legal; el derecho a ser puestas a disposición de un juez u otro funcionario judicial de manera pronta; el derecho a la asistencia de un abogado inmediatamente después de su arresto y a los medios adecuados para ejercerlo; el derecho a tener contacto con el mundo exterior, y el derecho a recibir un trato humano durante su detención”³⁸⁹. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que los estados de emergencia no se pueden utilizar para justificar la derogación del derecho a recibir un trato humano durante la privación de libertad³⁹⁰.

En determinados países, los detenidos LGBT son sometidos a un régimen de aislamiento total prolongado. A este respecto, el Comité de Derechos

³⁸⁷ GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS. Opinión N° 7/2002 (Egipto), de 21 de junio de 2002, en el Doc. de las NU: E/CN.4/2003/8/Add.1

³⁸⁸ GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS Opinión N° 22/2006 (Camerún) de 31 de agosto de 2006, en el Doc. de las NU: A/HRC/4/40/Add.1

³⁸⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit. p. 83

³⁹⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Peru, CCPR/C/61/D/577/1994, 9 de enero de 1998, para. 8.6.

Humanos ha dictaminado que el aislamiento total prolongado de un detenido de su familia “constituye un tratamiento inhumano en el sentido del art. 7 y [es incompatible] con las reglas del tratamiento humano exigido bajo el párrafo 1 del artículo 10 Pacto”³⁹¹. En este mismo sentido, dos Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la tortura han destacado que la detención incomunicada debería ser ilegalizada, siendo el factor determinante más importante de que una persona corra el riesgo de ser torturada.³⁹²

2.2.c) La obligación de prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por razón de la orientación sexual o la identidad de género

Tanto el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el art. 7 del PIDCP disponen que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"³⁹³. Son múltiples los tratados de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, que prohíben la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en términos absolutos.³⁹⁴ La prohibición de la tortura es una norma *jus cogens*, tal como ha subrayado el Comité contra la Tortura.³⁹⁵ Este mismo Comité ha establecido que “los Estados deben proteger de la tortura y los malos tratos a todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual o identidad transexual, y prohibir y prevenir los actos de tortura y los malos tratos y ofrecer reparación al respecto en todas las situaciones de privación o de limitación de libertad”³⁹⁶.

³⁹¹ RELATOR ESPECIAL CONTRA LA TORTURA. Informes del Relator Especial A/57/173, 2 de julio de 2002, para. 16, E/CN.4/2004/56, para. 37, y A/57/173, 2 de julio de 2002, para. 16.

³⁹² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Artículo 7, para. 6.

³⁹³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.*p 11

³⁹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 7); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convenio de los Derechos del Niño (Artículo 37a); Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (Artículo 10); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Artículo 15.1); Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 5); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Artículo 4,c); Carta Árabe de Derechos Humanos (Artículo 8); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 5); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículo 16), y Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (Artículo 4).

³⁹⁵ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General No. 2, (CAT/C/GC/2) para.1.

³⁹⁶ *Ibidem.* para. 15 et para. 21.

En consecuencia, siguiendo a la Comisión Internacional de Juristas, las obligaciones de los Estados en relación con la tortura son:

- adoptar medidas, como impartir formación al personal encargado de hacer cumplir la ley, que permitan garantizar el cumplimiento de las prohibiciones contra la tortura y los malos tratos;
- investigar pronta y competentemente todas las acusaciones razonables de que hayan tenido lugar tortura o malos tratos en sus territorios, procesar a los presuntos perpetradores y, si son declarados culpables por un tribunal independiente, imparcial y competente, castigarlos con las penas adecuadas teniendo en cuenta su gravedad
- ofrecer una tutela judicial efectiva y una reparación a las víctimas de dichos actos³⁹⁷.

Además, la prohibición de la tortura exige que los Estados cumplan otras dos obligaciones: una obligación erga omnes de expatriar o procesar a presuntos torturadores, y una obligación de no devolución (*non-refoulement*) consistente en que no se puede devolver a un extranjero a su país de origen en el caso de allí pueda llegar a ser objeto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta última obligación, esencial para el objeto del presente estudio, se analiza de forma extensiva en el capítulo 4 del presente estudio.

La frecuencia de los supuestos de tortura por el motivo de la orientación sexual o de la identidad de género de las personas es una cuestión que ha alarmado a las instituciones internacionales responsables de velar por la aplicación de los derechos humanos. El Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por las denuncias de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes perpetrados contra personas LGBTI en las observaciones finales sobre los informes de diferentes Estados partes. Destacan, en este sentido, las observaciones finales de los informes de Estados Unidos, Argentina, Ecuador, Mongolia, Kuwait y Colombia, entre otros.

³⁹⁸

³⁹⁷ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op.cit.* p. 106

³⁹⁸ Véase las Observaciones Finales del Comité contra la Tortura sobre Estados Unidos de América (CAT/C/USA/CO/2), paras. 32 and 37; Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), para. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), para. 6; Mongolia (CAT/C/MNG/CO/1), para. 25; Kuwait (CAT/C/KWT/CO/2), para. 25; y Colombia (CAT/C/COL/CO/4), para. 11.

El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura ha observado que "a los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos"³⁹⁹.

El citado informe de 2011 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género recopila diferentes pronunciamientos de los mecanismos especiales sobre los supuestos de tortura contra las personas LGBTI. Según este informe, el Relator Especial ha informado también de incidentes en los que algunas personas fueron víctimas de la policía y los funcionarios de prisiones y las autoridades no adoptaron medidas razonables para prevenir la violencia contra los reclusos de los que se pensaba que eran personas lesbianas, gays, bisexuales o trans: "en una comisaría de Indonesia, al parecer, un hombre y su pareja masculina fueron víctimas de una gran paliza y abusos sexuales por agentes de policía un día después de que fueran presuntamente agredidos por 16 civiles. En Uzbekistán, un defensor de los derechos humanos acusado de homosexualidad fue presuntamente golpeado por la policía y amenazado de violación con una botella. Una pareja de lesbianas en el Brasil fue presuntamente golpeada en una comisaría y obligada a practicar sexo oral. En Grecia, al parecer, se denegó el acceso a los internos del módulo para personas lesbianas, gays y trans de una cárcel a un patio exterior durante dos años y se los mantuvo confinados en sus celdas y un pasillo en todo momento"⁴⁰⁰.

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha manifestado casos similares. En 2006, detalló denuncias de *metis* en Nepal golpeados por la

³⁹⁹ RELATOR ESPECIAL SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA. Informe A/56/156, para. 19

⁴⁰⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p.34

policía que les exigía dinero y sexo⁴⁰¹. En 2011, describió un caso en El Salvador “en el que una mujer trans fue recluida en una prisión masculina en una celda con miembros de pandillas, que la violaron más de 100 veces, en ocasiones con la complicidad de los funcionarios de prisiones”⁴⁰². Del mismo modo, tal como destaca el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Representante Especial del Secretario General para la situación de los defensores de los derechos humanos ha documentado otros casos⁴⁰³.

Otra de las prácticas generalizadas de carácter degradante, inhumano e inútil desde el punto de vista médico es el “examen anal” para intentar demostrar la homosexualidad de un hombre. La frecuencia con la que se realiza esta práctica en diferentes regiones del mundo ha sido denunciada tanto por el Comité contra la Tortura, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Éste último ha sostenido que esta práctica contraviene a la prohibición de la tortura y los malos tratos⁴⁰⁴.

2..2.d) La obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión de forma no discriminatoria

Las libertades de expresión, asociación y reunión pacífica están consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 19 y 20, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), arts. 19, 21 y 22. El art. 19 de la Declaración Universal establece que: “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas”. El art. 20.1 dispone que: “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. Los derechos a la

⁴⁰¹ RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. E/CN.4/2006/61/Add.1, para. 131

⁴⁰² RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. A/HRC/17/26/Add.2, para. 28.

⁴⁰³ REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIADO GENERAL PARA LA SITUACIÓN DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS. A/HRC/7/28/Add.2, para. 59

⁴⁰⁴ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Op.cit.* p. 37. Véanse las Observaciones finales del informe del Comité contra la Tortura sobre Egipto (CAT/C/CR/29/4), p.5.

libertad de expresión, reunión pacífica y asociación son esenciales para el funcionamiento y desarrollo del activismo LGBT por la lucha de los derechos humanos y la defensa y visibilidad de las personas que viven con VIH/SIDA. Para garantizar una participación ciudadana democrática es fundamental que se garanticen estos derechos sin discriminación por motivos de la orientación sexual o identidad de género de las personas.

El PIDCP permite la restricción de estos derechos, pero solo cuando lo disponga la ley y sea necesario para proteger los derechos (o, en el caso de la libertad de expresión, la reputación) de los demás, la seguridad nacional o pública o el orden, la salud o la moral públicos.⁴⁰⁵ El Comité de Derechos Humanos ha confirmado que esas restricciones han de ser compatibles con las disposiciones, fines y objetivos del Pacto y "no deben vulnerar las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación", en particular, de conformidad con la jurisprudencia del Comité, por razón de la orientación sexual o la identidad de género⁴⁰⁶. Otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, de ámbito tanto universal como regional, garantizan y protegen asimismo estos derechos y libertades⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

Op.cit.p.18

⁴⁰⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General. No. 34 (CCPR/C/GC/34), para. 26.

⁴⁰⁷ Véanse, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 8), Convenio de los Derechos del Niño (Artículos 13 y 15), Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Artículos 13 y 24), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 24 y7), Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Artículo 15), Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (Artículo 5(2) y 8 (1.b)), Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de las personas, los grupos y los órganos de la sociedad de fomentar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente (Artículos 1, 5, 6 7, 9 y 12), Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Artículo 2), Principios Básicos de las NU sobre la función de los abogados (Principio 23), Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (Principios 8 y 9), Directrices sobre la función de los fiscales (Directrices 8 y 9), Declaración de Principios sobre la libertad de expresión en África, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Artículos 7 y 8), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos IV, XXI y XXII), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador (Artículo 8), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Artículo 4), Declaración de la OEA sobre principios de libertad de expresión, Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículos 9, 10 y 11), Carta Social Europea (Parte 1, párrafo 5, Artículos 5 y 6), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (OIT), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169) (Artículo 20,2), y Convenio de la OIT N° 151 sobre la protección del derecho de sindicación y procedimientos de determinación de las condiciones de empleo en la función pública. Véanse también los Principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la

Como ha destacado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, diversos órganos del sistema de las Naciones Unidas han abordado las restricciones de los derechos de las personas que se dedican a la promoción de la sexualidad y las cuestiones de género. De este modo, ha denunciado que "en Estados que requieren la inscripción de las ONG en un registro, se ha desestimado o revocado la inscripción de grupos de lesbianas, gays, bisexuales y trans. La policía ha registrado oficinas de grupos de lesbianas, gays, bisexuales y trans y ha confiscado discos duros y agendas de clientes y simpatizantes, quedando de ese modo otras personas expuestas al riesgo de acoso o violencia. A veces, si los archivos informáticos contenían información sobre la orientación sexual y la prevención del VIH, en particular sobre el uso de preservativos, se ha detenido u hostigado al personal y los voluntarios de esos grupos. Se ha puesto en tela de juicio la reputación personal de los defensores de los derechos relacionados con el género y la sexualidad y se los ha calumniado, en particular mediante acusaciones relacionadas con la orientación sexual, en un esfuerzo por reprimir sus actividades de promoción"⁴⁰⁸. Conviene destacar, en particular, que los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han subrayado los riesgos sufridos por las defensoras de derechos humanos, debido a que por el hecho de ser mujer se considera que "cuestionan unas normas socioculturales, tradiciones, percepciones y estereotipos aceptados acerca de la femineidad, la orientación sexual y el papel y la condición de la mujer en la sociedad"⁴⁰⁹.

Los defensores de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans y de sus derechos han sufrido violencia y acoso cuando han convocado reuniones o actos culturales o han participado en "manifestaciones por la igualdad" de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans⁴¹⁰. La protección policial o los permisos para la celebración de esos actos es denegada en varios países, en

libertad de expresión y el acceso a la información, que fueron ratificados por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión (Doc. de las NU: E/CN.4/1996/39, apéndice). También la antigua Comisión de Derechos Humanos de las NU ha hecho referencia a estos principios en varias resoluciones (véase la resolución 2000/38 de 20 de abril de 2000), al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op.cit.*p. 115

⁴⁰⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.* p.63

⁴⁰⁹ REPRESENTANTE ESPECIAL SOBRE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS. Informe E/CN.4/2001/94, para. 89 (g), and A/HRC/16/44.

⁴¹⁰ *Ibidem.* p.64

ocasiones con el pretexto de que constituyen una amenaza contra la moral o la seguridad pública, lo cual beneficia a los detractores y no a los defensores de esos derechos. Tal como denuncia la Alta Comisionada, “en ausencia de una protección policial efectiva, agentes estatales y no estatales, incluidos grupos de cabezas rapadas y fundamentalistas, han agredido y hostigado físicamente a defensores y manifestantes”.⁴¹¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Baczowski y otros contra Polonia*⁴¹², estableció que: “un respeto auténtico y efectivo de la libertad de asociación y reunión no se puede reducir a un mero deber de no injerencia por parte del Estado; una concepción puramente negativa no sería compatible con el propósito del Artículo 11, así como tampoco con aquel del Convenio en general. Es así como pueden existir obligaciones positivas que garanticen el disfrute efectivo de estas libertades [...]. Esta obligación reviste especial importancia para las personas que tienen opiniones impopulares o que pertenecen a minorías, puesto que están más expuestas ser victimizadas”⁴¹³. En 2010, el mismo Tribunal multó a la Federación de Rusia por violar los derechos de reunión, no discriminación y reparación al prohibir desfiles de personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Moscú por motivos de seguridad pública. El Tribunal estimó que la existencia de un riesgo es insuficiente para prohibir el acto⁴¹⁴.

Del mismo modo, otro elemento esencial de la libertad de expresión es la libertad de expresión del género que incluye la libertad de elegir la forma de

⁴¹¹ Véase A/HRC/10/12/Add.1, paras. 275-280 (sobre Bosnia y Herzegovina) et A/HRC/11/4/Add.1, paras. 289-292; et A/HRC/16/44/Add.1, paras. 1157–1164 (sobre Indonesia).

⁴¹² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 3 de mayo de 2007, Caso *Baczowski y otros c. Polonia*, Aplicación 1543/06, para. 64.

⁴¹³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit.p.122. “En el caso *Baczowski*, las autoridades prohibieron una marcha planificada y seis manifestaciones estacionarias. Se trataba de eventos destinados a fomentar la tolerancia y protestar contra la discriminación de las personas LGBT. El Tribunal Europeo entendió que se produjo una injerencia en los derechos de los solicitantes garantizados en el Artículo 11 del Convenio Europeo, y la injerencia en el derecho a la libertad de reunión pacífica de los solicitantes no estaba prescrito en la ley. Además, el Tribunal observó que las autoridades municipales habían adoptado las decisiones en cuestión actuando en nombre del alcalde después de que éste diera a conocer al público sus opiniones sobre el ejercicio de la libertad de reunión y la “propaganda de la homosexualidad”, determinando la existencia de una violación de la disposición sobre discriminación del Artículo 14, junto con el Artículo 11, del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

⁴¹⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Alekseyev v. Russia*, recursos Nos. 4916/07, 25924/08 et 14599/09. 21 Octubre de 2010, paras. 75-76.

vestir, las posturas y los gestos. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha denunciado la vulneración de este derecho en múltiples ocasiones. A modo de ejemplo, en el informe sobre la misión a Argentina en 2002, el Relator Especial expresó su preocupación por el número de casos de violaciones de ese tipo indicando que “se informó al Relator Especial de que la legislación provincial permite a la policía proceder a la detención o imponer sanciones por infracciones que no constituyen delitos penales. También se le ha informado de que, en varias provincias, existe un "Código de Contravenciones", que sanciona a quienes ‘se visten con ropas del sexo opuesto’ con detención de hasta 15 días”.⁴¹⁵

Otro aspecto fundamental intrínseco a la libertad de expresión es la libertad de opinar y de recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género. Como destaca la Comisión Internacional de Juristas, entre las obligaciones de los Estados está la de educar y garantizar la disponibilidad de la información, especialmente en relación con las cuestiones de la sexualidad y la salud.⁴¹⁶ Al tratar la cuestión del VIH/SIDA en Colombia, el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión apuntó lo siguiente: “De acuerdo con el carácter y el espíritu de su mandato, el Relator Especial considera que todos los ciudadanos, cualquiera que sea su orientación sexual, tienen derecho a expresarse y a procurar, recibir y difundir información. El Relator Especial considera también que los gobiernos tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información confiable sobre cuestiones relacionadas con la salud, en general y, teniendo en cuenta la extrema gravedad de la epidemia, sobre el SIDA, en particular. [...] El derecho a la libertad de opinión y de expresión de los grupos de homosexuales y lesbianas a menudo se ve limitado por la resistencia que oponen los medios de difusión, en los que los temas sexuales, y especialmente la homosexualidad, se

⁴¹⁵ RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. Informe Misión en Argentina, E/CN.4/2002/75/Add.1, 17 de enero de 2002, paras. 123-124

⁴¹⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op.cit.* p. 123

presentan de manera conservadora y tradicional y nunca en horarios de máxima audiencia”.⁴¹⁷

Por último, conviene destacar que los mecanismos especiales de las Naciones Unidas para la promoción de los derechos humanos han expresado preocupación por las restricciones a la libertad de expresión —como la censura directa, la prohibición de la divulgación de información y las restricciones a la promoción legítima—, justificadas por presuntas amenazas a la salud pública, la moral o la seguridad del Estado.⁴¹⁸ Las restricciones a la información sobre la orientación sexual, incluidas las supuestamente destinadas a proteger la "decencia pública", pueden tener un efecto perjudicial en las iniciativas de salud pública, incluso en relación con la transmisión del VIH.⁴¹⁹ El Relator Especial destaca esta interdependencia en los términos siguientes: “Por lo que hace al acceso a la información con fines de educación y prevención respecto del VIH / SIDA, el Relator Especial desea subrayar, en primer lugar, que el nivel de protección de los derechos humanos en un país determinado influye directamente en la propagación de la epidemia, y que la realización de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a grupos específicos como las mujeres, los jóvenes, los hombres y mujeres que ejercen la prostitución, los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, los emigrantes, los refugiados, los toxicómanos por vía intravenosa y otros grupos vulnerables, es esencial para reducir la vulnerabilidad ante el VIH / SIDA”⁴²⁰.

2.2.e) La obligación de proteger a las personas frente a la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género

La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos se rige por los principios de universalidad y no discriminación consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que

⁴¹⁷ RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. Informe Misión en Colombia, E/CN.4/2005/64/Add.3, 26 de noviembre de 2004, de paras. 75 y 76.

⁴¹⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.* p.65

⁴¹⁹ *Ibidem.* p.65

⁴²⁰ RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. Informe E/CN.4/2003/67, 30 de diciembre de 2002, para. 74.

"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"⁴²¹. En este sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha declarado que "todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans , tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica"⁴²².

El derecho a la igualdad y el consecuente derecho a la no discriminación se encuentran universalmente reconocidos y protegidos por el Derecho Internacional Público⁴²³. El derecho a la igualdad queda consagrado a nivel internacional en el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a nivel regional, en el art. 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; en el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en el Protocolo N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Por su parte, el derecho a la no discriminación es reconocido por los arts. 1 (3) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas; el art 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2, 4 (1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 2 del Convenio de Derechos del Niño; el art. 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; el art. 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el Protocolo N° 12 al

⁴²¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948. Art.1

⁴²² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. 17 de noviembre de 2011. Parr.5.

⁴²³ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional Público. Guía para Profesionales N°4*. 2009. p.27.

Convenio Europeo de Derechos Humanos; el art. 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el art. 3 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; el art II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por los arts. 3 y 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha expresado que: “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”.⁴²⁴ El art.26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), refleja la interdependencia entre el derecho a la igualdad y la no discriminación estableciendo que: “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.⁴²⁵

El derecho a la igualdad ante la ley exige que el Estado proteja a las personas no solamente frente a la discriminación por parte de los agentes del Estado, sino también por parte de personas o entidades privadas⁴²⁶. Según el Comité de Derechos Humanos, la no discriminación supone la prohibición de “la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”⁴²⁷.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que el término “discriminación” debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar

⁴²⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General Nº 18. Parr.1.

⁴²⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 26.

⁴²⁶ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS.op.cit.p.28

⁴²⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General Nº 18. Parr.12.

el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁴²⁸. Además, como destaca la Comisión Internacional de Juristas, “la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado un enfoque similar”⁴²⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha indicado que “en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su corpus juris, es [...] el principio de la igualdad y la no-discriminación.. [...]. La discriminación es definida esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal”⁴³⁰.

El reconocimiento y la protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación conllevan una serie de obligaciones positivas para los Estados. En este sentido, el Comité de derechos Humanos ha destacado que: “las obligaciones positivas de los Estados Parte de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado [...] Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Parte, como resultado de que los Estados Parte permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”⁴³¹.

⁴²⁸ *Ibidem*. parr.7

⁴²⁹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS.op.cit.p.28. Véase respecto a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: Legal Resources Foundation c. Zambia, Comunicación 211/98 (7 de mayo de 2000), párrafos 63, 70 y ftn. 3. Véase respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos : Véase, entre otros, Sentencia de 23 de julio de 1968, Caso Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, Aplicaciones N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. 132 Opinión Consultiva N° OC-18/03, doc. cit., párrafo 59

⁴³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° OC-18/03, doc. cit., parr.59

⁴³¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto. Parr. 8

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha subrayado que los motivos específicos de discriminación mencionados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en otros tratados de derechos humanos no son exhaustivos. Según este órgano, “sus autores dejaron intencionadamente los motivos de discriminación abiertos al utilizar la frase *cualquier otra condición social*”.⁴³² En este mismo sentido, los comités de Naciones Unidas, órganos creados en virtud de un tratado de derechos humanos para vigilar su aplicación por los Estados Parte, han considerado que la orientación sexual es una de las causas de discriminación prohibidas en función de lo dispuesto por sus respectivos tratados.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que la referencia a una “protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” en el Artículo 26 del PIDCP incluye la discriminación por razones de orientación sexual⁴³³.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que “en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3 (del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por [...] el estado de salud (incluidos el VIH / SIDA), la orientación sexual [...], que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”.⁴³⁴

El Comité contra la Tortura, por su parte, también ha reconocido la orientación sexual y la identidad transexual como dos de las razones prohibidas

⁴³² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 17 de noviembre de 2011. Parr.7.

⁴³³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen c. Australia, Comunicación N° 488/1992, parrs. 8.2-8.7. Véanse, también, Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young c. Australia, Comunicación N° 941/2000, parr. 10.4, y Dictamen de 30 de marzo de 2007, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005, parr.7.2.

⁴³⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12), Parr. 18. Véase también Observación General N° 15: El derecho al agua, parr. 13.

incluidas en el principio de no discriminación. En su observación genera n°2 sobre la aplicación del art.2 de la Convención contra la Tortura afirma que: “los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso”⁴³⁵,

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño también ha incluido la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus Observaciones Generales relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH / SIDA y los derechos del niño⁴³⁶. Sobre la protección de los menores frente la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género se dedica al final del presente capítulo un epígrafe específico.

Como destaca la Comisión Internacional de Juristas, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha demostrado una apertura cada vez mayor al uso de la discriminación basada en la orientación sexual, según el Artículo 26 del PIDCP, como “otra condición”.⁴³⁷ En 1994, en el caso Toonen contra Australia, el Comité de Derechos Humanos estableció que la legislación que penalizaba la homosexualidad constituía una injerencia ilegal en el derecho a la intimidad, protegido y garantizado en el art. 17 del PIDCP, y en la garantía de disfrute de este derecho según el Artículo 2.1.⁴³⁸

⁴³⁵ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 2: Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte, parr.21..

⁴³⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 4: Salud y Desarrollo de los Adolescentes. parr. 6 Y Observación General N° 3, VIH / SIDA y los derechos del niño. parr. 8

⁴³⁷ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op.cit.*p.35

⁴³⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 31 de marzo de 1994, Comunicación N° 488/1992, Caso Nicholas Toonen c. Australia, Doc. de las NU: CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994. Toonen era un ciudadano gay australiano, residente en el estado de Tasmania,

Respecto a la inclusión de la orientación sexual como motivo susceptible de protección frente a la discriminación prohibida por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos se pronunció en los siguientes términos: “el Estado Parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse “otra condición social” a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al “sexo”, que figura el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”⁴³⁹.

Algunos autores, como JOSEPH, FUNDER o MORGAN, han estimado que hubiese sido más pertinente considerar la orientación sexual como un motivo de discriminación objeto de prohibición bajo la disposición de “otra condición”, de los arts. 2.1 y 26 del PIDCP, en lugar de la interpretación del Comité que identifica la “orientación sexual” como un motivo de discriminación incluido en la definición de “sexo”⁴⁴⁰. En este mismo sentido, la Comisión Internacional de Juristas ha manifestado que: “el tratamiento claramente dissociado del “sexo” y la “orientación sexual” en otros instrumentos indica que a las categorías de “sexo” y “orientación sexual” se les han asignado significados claramente separados en el Derecho Internacional”⁴⁴¹.

En cualquier caso, el Comité de Derechos Humanos, en su jurisprudencia posterior, ha seguido ofreciendo protección frente a la discriminación por motivo de orientación sexual, entendiendo ésta como un supuesto de discriminación por razón del sexo prohibida en el art. 26 del PIDCP. En el caso de Young contra Australia, el Comité entendió que el Estado Parte había

que adujo que los Artículos 122167 y 123168 del Código Penal de Tasmania, que calificaban la relación sexual entre hombres de antinatural y de ultraje contra la moral pública, violaban sus derechos a no ser discriminado (Artículo 2(1) del PIDCP), a la intimidad (Artículo 17 del PIDCP) y a igual protección de la ley sin discriminación (Artículo 26 del PIDCP). El Comité dictaminó una violación del Artículo 2(1) y del Artículo 17(1), pero no consideró necesario dictaminar una violación de la disposición sobre no discriminación del Artículo 26. El Comité decidió que el disfrute del derecho a la intimidad estaba garantizado según el Artículo 2(1) del PIDCP, e interpretó que el término “sexo” en el Artículo 2(1) incluía la “orientación sexual”. Véase. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, op.cit.p.35

⁴³⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen c. Australia, op. cit., parr. 8.7.

⁴⁴⁰ Véase JOSEPH, S: "Gay Rights under the ICCPR-Commentary on Toonen v. Australia", *University of Tasmania Law Review*, Vol. 13, N° 2, 1994; FUNDER, A: "The Toonen Case", *Public Law Review*, Vol. 5, 1994; MORGAN, W: "Identifying Evil for What it is: Tasmania, Sexual Perversity and the United Nations", *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, 1994.

⁴⁴¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Op.cit. p. 36

vulnerado el art. 26 del Pacto al denegar a la parte actora, el señor Young, una pensión de jubilación basándose en su sexo u orientación sexual. El Comité fundamentó su pronunciamiento sobre la base de su jurisprudencia anterior por la que se entiende que la prohibición de la discriminación según el art. 26 se refiere asimismo a la discriminación basada en la orientación sexual.⁴⁴²

En una tercera decisión, en el caso X contra Colombia, el Comité de Derechos Humanos dictaminó un pronunciamiento similar, señalando que: “la prohibición de la discriminación según el art. 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual, [y que] las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban”⁴⁴³. El Comité estableció que: “víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual”⁴⁴⁴.

La prohibición de no discriminar por motivos de orientación sexual e identidad de género se extiende a todos los derechos fundamentales y libertades públicas. En especial, conviene subrayar que los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos y los mecanismos especiales de las Naciones Unidas han enfatizado la obligación de los Estados de garantizar en condiciones de igualdad el acceso y el ejercicio de los derechos al trabajo, a la salud y a la educación.

De este modo, en primer lugar, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas de toda discriminación en el acceso al empleo y su conservación.⁴⁴⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la

⁴⁴² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young c. Australia, Comunicación N° 941/2000, Doc. de las NU: CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003. para.10.5

⁴⁴³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 13 de enero de 2001, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005, Doc. de las UN: CCPR/C/89/D/1361/2005 de 14 de mayo de 2007. Para. 7.2

⁴⁴⁴ *Ibidem.* para.9

⁴⁴⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.* p. 51

conservación del mismo por motivos, entre otros, de la orientación sexual"⁴⁴⁶ y ha expresado preocupación por la discriminación de "las personas y grupos desfavorecidos y marginados"⁴⁴⁷.

En la actualidad, de acuerdo con el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sólo 54 Estados prohíben por ley la discriminación en el empleo por razón de la orientación sexual. "En ausencia de esas leyes, los empleadores pueden despedir o negarse a contratar o promover a personas simplemente porque se crea que son homosexuales o trans"⁴⁴⁸. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "constituye una violación del Pacto toda discriminación en materia de acceso al mercado de trabajo o a los medios y prestaciones que permiten conseguir trabajo"⁴⁴⁹. Del mismo modo, en los citados asuntos *X c. Colombia* y *Young c. Australia*, el Comité de Derechos Humanos determinó que la no concesión de prestaciones del régimen de pensiones a una pareja de hecho homosexual, cuando esas prestaciones sí se concedían a las parejas heterosexuales *more uxorio*, era una violación de los derechos garantizados por el Pacto.⁴⁵⁰

En segundo lugar, en relación con el derecho a la salud, el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que: "los Estados partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que "el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de orientación sexual e identidad de género"⁴⁵¹.

La existencia de leyes que criminalizan la homosexualidad pueden disuadir, tal como ha destacado la Alta Comisionada, a las personas para recabar

⁴⁴⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No. 18 (E/C.12/GC/18), para. 12 (b)(i).

⁴⁴⁷ *Ibidem.* para.23

⁴⁴⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. *Op.cit.* p.52

⁴⁴⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No. 18 (E/C.12/GC/18), para.33

⁴⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *X v. Colombia* (CCPR/C/89/D/1361/2005), paras. 7.2-7.3; *Young v. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000), paras. 10-12.

⁴⁵¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No. 14 (E/C.12/2000/4), para. 18.

servicios de salud por temor de revelar una conducta delictiva y tiene como consecuencia que los servicios, los planes nacionales de salud y las políticas no reflejen las necesidades específicas de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans⁴⁵². En este mismo sentido, el Relator Especial sobre el derecho a la salud señaló que "la legislación penal relativa al comportamiento homosexual, la orientación sexual y la identidad de género suele infringir diversos derechos humanos, incluido el derecho a la salud"⁴⁵³. Tanto el Secretario General de las Naciones Unidas, los procedimientos especiales y el ONUSIDA han señalado a la atención el efecto negativo de la penalización en la salud⁴⁵⁴.

En cualquier caso, las prácticas y las actitudes homofóbicas, sexistas y transfóbicas de las instituciones y el personal de atención de la salud tienen lugar en todas las regiones del mundo. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha denunciado que entre las preocupaciones de los posibles pacientes cabe mencionar la vulneración de la confidencialidad, el aumento del estigma y las represalias violentas⁴⁵⁵. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó preocupación por el hecho de que muchas mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersexos fueran "víctimas de abusos y maltratos por parte de los proveedores de servicios de salud"⁴⁵⁶.

Además, las personas trans tienen especiales dificultades para acceder a la atención de la salud. La Organización Mundial de la salud ha destacado que la cirugía de reasignación de sexo, en su caso, suele ser prohibitiva y raras veces se dispone de financiación pública o cobertura de seguros para ello⁴⁵⁷. Por último, en relación con los niños intersexuales, con atributos sexuales atípicos, el Informe citado de la Alta Comisionada destaca que: "suelen ser víctimas de discriminación y se los suele someter a intervenciones quirúrgicas innecesarias

⁴⁵² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p.55

⁴⁵³ RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD. A/HRC/14/20, para. 6.

⁴⁵⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. A/HRC/19/41. Op.cit.p.55

⁴⁵⁵ *Ibidem.* p.56

⁴⁵⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observaciones finales sobre Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/5-6), para. 40.

⁴⁵⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Prevention and treatment of HIV and other sexually transmitted infections among men who have sex with men and transgender people: recommendations for a public health approach", WHO, 2011, p.30

desde el punto de vista médico, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, en un intento de fijar su sexo”.⁴⁵⁸

2.2.f) Especial atención al derecho a la educación sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y a la situación de las personas LGBTI menores de edad

La discriminación y el acoso que sufren los niños y los adolescentes por motivos de su orientación sexual o su identidad de género en sus familias, en las escuelas y centros de educación, y en la sociedad de la que forman parte, requiere de la atención de los operadores jurídicos no sólo porque las personas LGBTI menores de edad son vulnerables a sufrir doble o múltiple discriminación; por su edad, por su género y por su orientación sexual, sino porque, ante todo, la comunidad humana del mañana se construye con los jóvenes de hoy, tanto los que sufren por discriminación como aquellos a los que se les permite e, incluso, incita a discriminar.

La discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género es sufrida por los niños y las niñas desde muy corta edad y a lo largo de toda su adolescencia. El Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, ha denunciado en diferentes ocasiones la grave situación de los menores de edad LGBTI constatando que: “los niños y las niñas, los adolescentes y las adolescentes, son víctimas del acoso por sus compañeros, son golpeados, expulsados del colegio, repudiados por sus propias familias, forzados al matrimonio y, en el peor de los casos, empujados al suicidio”⁴⁵⁹.

La discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el ámbito familiar se da en todas las regiones del mundo. Como ha destacado el informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, presentado ante la Asamblea General, “esa discriminación se manifiesta de diversas maneras, como la exclusión del hogar familiar, la desheredación, la prohibición de asistir a la escuela, el ingreso en instituciones psiquiátricas, el matrimonio forzado, la renuncia forzada a los hijos, la imposición de sanciones por las

⁴⁵⁸ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observaciones finales sobre Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/5-6), para.40

⁴⁵⁹ KI-MOON, B. Secretario General de las Naciones Unidas. *Remarks on the Special Event on Leadership in the Fight against Homophobia*. Nueva York. 11 de diciembre de 2012

actividades de activismo y los ataques contra la reputación personal”.⁴⁶⁰ Además, en él se resalta el elevado índice de asesinatos de honor perpetrados contra hijos gays e hijas lesbianas por los propios miembros de la familia “por ser considerados una causa de vergüenza o deshonor para la familia, a menudo por transgredir las normas de género o por determinadas conductas sexuales, incluidas las relaciones homosexuales reales o supuestas.”⁴⁶¹

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, el tratado internacional de derechos humanos más ratificado por 193 Estados Partes en la actualidad, obliga a los mismos a garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en ella, sin distinción alguna por motivos de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño" (art.2).

Según ha estimado el Comité de los Derechos del Niño, órgano formado por expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte, a estas causas de discriminación “deben añadirse también la orientación sexual y el estado de salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental)”⁴⁶². El Comité de los Derechos

⁴⁶⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011. p.66

⁴⁶¹ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Ibidem*. p.25.

PILLAY, N. Statement by UN High Commissioner for Human Rights to the Panel on ending violence and discrimination against individuals on the basis of their sexual orientation and gender identity at the Human Rights Council 19th Session . Ginebra, 7 marzo de 2012.

Sobre crímenes de honor por motivos de orientación sexual e identidad de género: Véase los Informes A/61/122/Add.1, p.. 124, E/CN.4/2002/83, pp.. 27-28, A/HRC/4/34/Add.2, p.. 19; y A/HRC/4/34/Add.3, para. 34. Además, Véase BBC “India: Haryana widows battered to death”, disponible en www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13125674 ; HUMAN RIGHTS WATCH, Informe *They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, 17 Agosto 2009. UNDP. *The Dynamics of Honor Killings in Turkey*. Disponible en : http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/676_filename_honourkillings.pdf. Noviembre 2005.

⁴⁶² El Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que “aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad” COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°4.La salud y el

del Niño, en la Observación General nº4, ha fundamentado la extensión de la prohibición de discriminar a los menores de edad al supuesto de la orientación sexual en el hecho de que los adolescentes objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros, teniendo por ello “derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad”⁴⁶³.

La Convención reconoce, en su art.5, las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres, o de cualquier otra persona encargada legalmente del niño, "de impartirle, en consonancia y con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Es por ello que, además de la obligación de no discriminar por motivos de la orientación sexual, el Comité de los Derechos del Niño estima “que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos”⁴⁶⁴. Además, los padres y los responsables legales tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, “de acuerdo con su edad y madurez”, y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse⁴⁶⁵.

Los mecanismos para la protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y los informes elaborados por las ONGs más relevantes ponen de manifiesto el elevado índice de acoso, hostigamiento, violencia física y verbal y discriminación que sufren los menores de edad en las escuelas desde muy temprana edad. El Secretario General de las Naciones Unidas ha mostrado su consternación sobre el asunto declarando que “el acoso homofóbico y transfóbico no se restringe a unos determinados países sino que se extiende a escuelas y comunidades locales de todas las regiones del

desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño..
CRC/GC/2003/4 33º período de sesiones. 19 de mayo a 6 de junio de 2003.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observación General Nº4.

CRC/GC/2003/4 . Op.cit.p.7

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

mundo”⁴⁶⁶. La discriminación y el acoso escolar son causa entre los estudiantes LGBTI de abstención escolar, de déficits en el rendimiento académico e, incluso, de suicidio⁴⁶⁷.

La discriminación escolar puede adoptar múltiples fórmulas desde libros de texto y materiales pedagógicos con contenido homófobo, bibófobo o transfobo hasta la agresión verbal y física en las aulas por la orientación sexual o la identidad de género de alumnado. De acuerdo con una encuesta publicada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre la situación de las personas LGBTI en Europa, el 80 % de los consultados en todos los Estados miembros recuerdan comentarios discriminatorios o actos de agresión dirigidos contra jóvenes LGBTI en el ámbito escolar⁴⁶⁸. El estudio revela, además, que dos tercios de los consultados declararon que ocultaron su orientación sexual o su identidad de género en su etapa escolar hasta los 18 años de edad. Además, otro informe realizado por el Parlamento Europeo señala que el acoso en las escuelas conlleva a estudiantes y profesores a ocultar cualquier identidad no heterosexual, incluso en aquellos países más tolerantes con las personas LGBTI⁴⁶⁹.

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han expresado su preocupación por la discriminación homofóbica en las escuelas y han pedido que se adopten medidas para contrarrestar las actitudes homofóbicas y transfóbicas⁴⁷⁰. Además, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 3,

⁴⁶⁶ KI-MOON, B. SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Message to event on ending violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. 8 de Diciembre de 2011

⁴⁶⁷ ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Asuntos Sociales, de Salud y de Familia. ‘Child and teenage suicide in Europe: A serious public-health issue Report’, Doc. 11547, 27 de marzo de 2008. Como ha destacado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “el índice de suicidios es significativamente mayor entre los estudiantes LGTBI debido a la estigmatización, marginalización y discriminación que sufren por su orientación sexual o identidad de género.”

⁴⁶⁸ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “*Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*”. Mayo 2013. p.1.

⁴⁶⁹ Network of socio-economic experts in the non-discrimination field VT-2008-007, ‘Part I - The Situation of LGBT Groups in the Labour Market in European Member States’, Synthesis Report 2010, p. 15.

⁴⁷⁰ Véase las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre México the Human Rights Committee on Mexico (CCPR/C/MEX/CO/5), p. 21; las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre Polonia (E/C.12/POL/CO/5), pp. 12-13.

ha estimado que le “preocupa especialmente la discriminación basada en el sexo unida a los tabúes o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual de las muchachas, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios”.⁴⁷¹

La heteronormatividad y la normatividad de género, que presuponen la uniformidad y adecuación a los parámetros sociales de la orientación sexual y la identidad de género, favorece directamente la exclusión de los estudiantes LGBTI. La falta de reconocimiento, de representación y de imágenes positivas de las personas LGBTI en la educación en la mayoría de los Estados miembros conlleva a la existencia de una falta de conocimiento, sensibilidad y comprensión que contribuye al aislamiento y a la exclusión social de los alumnos LGBTI⁴⁷².

La educación es la herramienta más importante para erradicar la homofobia, la transfobia y la bifobia desde la raíz. Una educación sexual inclusiva de las cuestiones de diversidad sexual y de género y transversal en la programación educativa es clave para evitar la discriminación en las aulas y fuera de ellas. El derecho a la educación comprende el derecho a recibir información amplia, exacta y apropiada en función de la edad sobre la sexualidad humana para que los jóvenes tengan acceso a la información necesaria para llevar una vida sana, adoptar decisiones con conocimiento de causa y protegerse a sí mismos y proteger a los demás de las infecciones de transmisión sexual⁴⁷³.

⁴⁷¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°3.

⁴⁷² AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ‘Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States: Part II—The Social Situation’, Chapter 6, 2008, p. 76. Además, en un número significativo de Estados miembros, entre ellos Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia, diferentes ONGs han constatado que las escuelas no proporcionan información sobre la homosexualidad o ésta es incorrecta o prejuiciosa. CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe “Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa” 2nd edition, 2011, p. 112; Disponible en: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf.

⁴⁷³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°4. El Comité establece que: “los adolescentes tienen derecho a acceder a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo así como para su capacidad de tener una participación significativa en la sociedad. Es obligación de los Estados Partes asegurar que se proporciona, y no se les niega, a todas las chicas y chicos adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, formación precisa y adecuada sobre la forma de proteger su salud y desarrollo y de observar un comportamiento sano. Debería incluir información sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, los comportamientos sociales y sexuales sanos y respetuosos, las dietas y las actividades físicas” p.26.

Así lo ha estimado el Comité de los Derechos del Niño que, en su Observación General nº4, considera que: “a la luz de los artículos 3, 17 y 24 de la Convención, los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores”⁴⁷⁴.

La educación sexual debe perseguir la sensibilización en temas de diversidad sexual y de género. El Relator Especial sobre el derecho a la educación señaló que, "en procura de la integralidad, la educación sexual debe prestar particular atención a la diversidad, pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad"⁴⁷⁵. En este sentido, es clave el papel del docente. Como denuncia un informe elaborado en el seno del Consejo de Europa, el personal docente y el técnico o administrativo de los centros de educación en Europa carecen, en muchas ocasiones, de la capacitación suficiente y de la formación necesaria para mantener el aula segura frente a supuestos de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁴⁷⁶. Por ello, se hace necesario que las administraciones de los Estados miembros, a nivel nacional, regional y local, desarrollen programas de inclusión en las escuelas para capacitar a los docentes y al personal técnico en relación con las cuestiones de género y de orientación sexual permitiéndoles gestionar adecuadamente las situaciones de discriminación y de acoso escolar.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación A/65/162. 23 de julio de 2010. Sexagésimo quinto período de sesiones Tema 69 b) del programa provisional* Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales A/65/162, p. 23. Véase también: FONDO DE LA POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (FPNA) *Comprehensive sexuality education: giving young people the information, skills and knowledge they need*, et ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OFICINA REGIONAL PARA EUROPA Y EL CENTRO FEDERAL PARA LA EDUCACIÓN SOBRE LA SALUD. *Standards for Sexuality Education in Europe*.

⁴⁷⁶ CONSEJO DE EUROPA. *Council of Europe Publishing, 'Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe'*, Sección 6.3: Educación 2011, p. 112.

Aun así, la lucha contra la discriminación de los menores LGBTI no es un problema cuya solución radique solo en el ámbito de las escuelas. En palabras del actual Secretario General de las Naciones Unidas, “en la lucha contra el acoso homofóbico y transfóbico todos tenemos un papel: las madres y los padres, los profesores, los vecinos, los miembros de comunidades, los periodistas, los políticos o los líderes religiosos”.⁴⁷⁷ Es una cuestión de proteger, de promover y de educar en los derechos humanos de todas las personas integrantes de la comunidad humana de forma efectiva y sin ningún tipo de discriminación.

⁴⁷⁷ KI-MOON, B. SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Message to event on ending violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. 8 de Diciembre de 2011

CAPITULO III. EL DERECHO DE ASILO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. El derecho de asilo desde una perspectiva histórico-jurídica

La huida a otro pueblo o territorio para refugiarse de una persecución sufrida en el grupo o colectividad a la que se pertenece es tan antigua como los propios orígenes de la humanidad. De acuerdo con URQUIDI CARRILLO, el asilo ya se practicaba entre los pueblos y razas primitivas, manifestado por la actitud del instinto de supervivencia, “para huir del peligro y de la muerte con el propósito de hallar un lugar que le procurara la protección necesaria para salvaguardar su integridad física”⁴⁷⁸.

A pesar de que no exista consenso entre la doctrina especializada sobre si la institución del asilo se admitía en la práctica de las más antiguas civilizaciones o si era protegida y consagrada por sus leyes y costumbres⁴⁷⁹, en términos generales puede afirmarse que, igual que otras muchas instituciones políticas y sociales, el asilo tiene un origen eminentemente religioso fundamentado sobre el principio de inviolabilidad de los lugares sagrados y sobre la necesidad de limitar los excesos de los arcaicos sistemas de justicia. En este sentido, CORNEJO señala, respecto al asilo religioso, “que en el Mundo Antiguo, cobró especial importancia, siendo asimilado posteriormente por la civilizaciones hebra, griega, celtibérica y romana”⁴⁸⁰.

Sin embargo, y aunque el origen del asilo sea fundamentalmente religioso, conviene destacar que el asilo territorial, aquel otorgado en territorio ajeno de la ciudad o país de origen de la persona que está buscando refugio, también encuentra precedentes históricos en los pueblos de la Antigüedad. El Tratado de Kadesh, el acuerdo de extradición y tratado de paz escrito más antiguo del mundo, firmado entre Ramsés II de Egipto y sus vecinos hititas en el año 1278.a.C,⁴⁸¹ establece la devolución de reos y criminales de carácter político y

⁴⁷⁸ URQUIDI CARRILLO, J.E. “Consideraciones Históricas en Torno al Asilo”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N°13. 1981. p.878

⁴⁷⁹ *Ibidem*. p.879

⁴⁸⁰ CORNEJO, A.R. El asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas de futuro. Universidad de las Américas Puebla. 2005. Disponible en http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/barrientos_m_e/capitulo1.pdf

⁴⁸¹ La versión egipcia del tratado se conserva en el templo de Karnak. Su contraparte fue descubierta en Hattusas -antigua capital del Imperio Hitita, donde estaba el palacio real- en Turquía en 1916. Una copia de esa versión ahora está colgada en las paredes de la sede de la ONU en Nueva York.

de refugiados en la zona territorial del contrario con objeto de garantizar la seguridad interna y externa de los imperios firmantes, poniendo de relieve la práctica consuetudinaria del asilo territorial ya en aquel momento.⁴⁸²

Los primeros indicios históricos de la existencia de un derecho a solicitar protección en determinados lugares sagrados parecen encontrarse en las antiguas civilizaciones egipcia, asiria y persa. Se le atribuye al rey egipcio Assyrophernes la erección de una estatua en honor a su hijo fallecido, que se convertiría en monumento sagrado donde pedir asilo⁴⁸³. Existe constancia de que, posteriormente en tiempo de los Ptolomeos, s. III a.C., se concedía un tipo de protección temporal, la *Iketeia*, en determinados templos egipcios “a los esclavos, a los débiles y a los homicidas involuntarios”⁴⁸⁴.

HELFRECHT, por su parte, destaca que en la historia de Asiria también existió un tipo de mitología similar en la que los perseguidos podrían encontrar protección frente a determinadas estatuas sagradas.⁴⁸⁵ Siguiendo la tradición, sería el rey asirio Ninus, quien gobernó el imperio asirio durante el s.XXI a.C. el que erigiera una estatua en honor a su padre, el rey Belus, que serviría también como lugar de asilo para los perseguidos.

Una tercera línea apunta a que los orígenes de la institución del asilo religioso se encuentran en el pueblo persa. Esta teoría queda fundamentada sobre el hecho de que, en el primer siglo de nuestra era, bajo el mandato del emperador romano Tiberio, se realizó una investigación sobre el origen del asilo en Grecia de la que se dedujo que el asilo religioso griego procedía de los santuarios fundados por los reyes Ciro y Darío de Persia (ss.V y IV a.C.).⁴⁸⁶

En cualquier caso, el primer testimonio escrito del asilo religioso procede de los textos sagrados hebreos. En el Antiguo Testamento se relata que Yahvé ordenó a Moisés que, una vez que el pueblo israelita se instalara en la tierra prometida, debían fundarse seis ciudades destinadas al refugio de los

⁴⁸² Sobre el Tratado de Kadesh véase PIRENNE, J. *Historia Universal. Las grandes corrientes de la historia*, Vol.I., ed. Éxito Barcelona, 1972, pp 35 y ss.

⁴⁸³ Sin embargo, se pone en duda la validez de esta teoría dado que el rey egipcio Assyrophernes no aparece en las Listas de Reyes Egipcios y entre la academia no existe consenso sobre este asunto. Véase DZUBOW, J. *The ancient origins of asylum: Part I*. Disponible en <http://www.asylumist.com/2014/01/07/the-ancient-origins-of-asylum-part-1/>

⁴⁸⁴ URQUIDI CARRILLO, J.E. *op.cit.*p.880

⁴⁸⁵ HELFRECHT, H. *Abhandlung von den Asylen*, Hof. 1801. p.9

⁴⁸⁶ DZUBOW, J. *he ancient origins of asylum: Part I*. Disponible en <http://www.asylumist.com/2014/01/07/the-ancient-origins-of-asylum-part-1/>

perseguidos. Los libros bíblicos Éxodo (21:13), Números (35:6 y 35:9-34), Deuteronomio (19:1-15 ó 21) y Josué (20:2) señalan nominalmente cada una de ellas⁴⁸⁷. Los orígenes del asilo de las ciudades hebreas emergen en relación con el derecho al exilio y al destierro, estableciéndose como un derecho reconocido al condenado para evitar la aplicación de una sanción penal más severa; en especial, la pena capital establecida por el principio del Talión en el caso particular del homicidio involuntario⁴⁸⁸.

En Grecia, el asilo es reconocido en templos, altares y demás lugares sagrados como un privilegio derivado de la inmunidad de los lugares sacros. La protección sagrada, fruto del respeto o del miedo a la divinidad que profesaban los griegos, se concedía no sólo al homicida involuntario, al deudor insolvente o al débil, sino que “se extendía también al delincuente común y al político, al soldado vencido, al desterrado, y en general a todos aquellos culpables o inocentes que buscaran el refugio sagrado”⁴⁸⁹. El templo de Zeus, el de Apolo o el Cadmo, entre otros, fueron algunos de los ejemplos más claros de la inmunidad griega de asilo⁴⁹⁰. Esquilo escribe en *Las Suplicantes*: “vengan en son de paz, o vengan de guerra, con airada y cruel intención mejor es que nos acojamos a esta colina consagrada a los dioses de la ciudad; un altar vale más que una fortaleza: es un escudo que nadie traspasa...”⁴⁹¹.

Platón justifica la protección al extranjero en el hecho de su indefensión, dado el aislamiento de compatriotas y familia. Platón escribe en *Las Leyes* que “toda falta cometida contra el huésped es una de las más graves faltas que pueden cometerse contra una divinidad vengadora. El extranjero, de hecho, aislado de sus compatriotas y su familia debe ser el objeto del más grande amor de parte de los hombres y de los dioses. Por ello se deben adoptar todas

⁴⁸⁷ En particular, la ciudad de asilo hebrea se instituye por disposición divina para dar protección al homicida involuntario. El libro de los Números señala: “Y habló Moisés, diciendo: Habla a los hijos de Israel, y diles: Cuando hubiereis pasado el Jordán a la tierra de Canaán, os señalaréis ciudades, ciudades de acogimiento tendéis, donde huya el homicida que hiera a alguno de muerte por yerro”. El Deuteronomio establece: “Te apartarás tres ciudades en medio de tu tierra que Jehová tu dios te da para que las poseas. (...), y será para todo homicida huya allí. Y este es el caso del homicida que ha de huir allí, y vivirá el que hiera a su prójimo por yerro, (...). Véase CORNEJO, A.R. *El asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas de futuro*. Universidad de las Américas Puebla. 2005. Cap. II. Disponible en http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/barrientos_m_e/capitulo2.pdf

⁴⁸⁸ *Ibidem*

⁴⁸⁹ URQUIDI CARRILLO, J.E. *op.cit.*p.881.

⁴⁹⁰ CORNEJO, A.R. *Op.cit.* Cap III.

⁴⁹¹ ESQUILO, *Las Suplicantes*, citado por CORNEJO, A.R. *Op.cit.* Cap. III.

las precauciones para no cometer ninguna falta contra los extranjeros"⁴⁹². Siguiendo a VILLALPANDO, la ética platónica resume en la justificación moral de protección al extranjero las bases de la institución del asilo.⁴⁹³

Es en Grecia donde el asilo cobra su naturaleza institucional. La escasa sistematización del sistema jurídico griego, y su convivencia con un entendimiento mitológico y divino del mundo, propiciaron el amplio reconocimiento del asilo griego, no sólo en la mencionada modalidad religiosa sino también en la vertiente territorial⁴⁹⁴. De hecho, desde una perspectiva etimológica, el término asilo proviene del vocablo griego *ásylon*, "lugar o templo inviolable", forma neutra del adjetivo *asylos* que significa no saqueado o no violentado, en cuanto formado por el prefijo privativo a- y por la raíz del verbo *sylao*, despojar a un enemigo vencido⁴⁹⁵.

El asilo griego es integrado en la tradición religiosa de la Antigua Roma y regulado posteriormente por el Derecho Romano. Plutarco, en *Las Leyendas sobre Rómulo*, escribe que: "no mucho después de la primera fundación de la ciudad, ellos abrieron un santuario de refugio para todos los fugitivos, al que llamaron templo del dios Asileo, donde ellos recibían y protegían a cualquiera que no entregaba de vuelta a ninguna, ni el sirviente a su amo, ni el deudor a su acreedor, ni el asesino en las manos del magistrado, es decir, era un lugar privilegiado, y ellos podrían mantenerlo por orden del sagrado oráculo, cuando la ciudad se volvió más populosa, que consistía al principio de no más de mil casas"⁴⁹⁶.

Sin embargo, la integración del asilo en Roma parece responder a una medida necesaria inicial de carácter político y temporal para atraer una

⁴⁹² PLATÓN, *Las Leyes*. Citado por VILLALPANDO, W. *op.cit.*

⁴⁹³ VILLALPANDO, W. *El asilo en la Historia*. ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/el-asilo-en-la-historia/>

⁴⁹⁴ El acusado por delito de homicidio podía ejercer su derecho de defensa ante el Areópago, supremo poder controlador guardián de las leyes y justicia penal, o bien, huir hacia un punto de refugio. En este sentido, Herodoto nombra el caso de Adastrus, frigió que huyó a Sardis, en la antigua Lidia y actual Turquía, quien después de haber ocasionado la muerte de su hermano de forma accidental encontró refugio en el palacio de Cresos. Véase ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo: el desafío de la protección*, Alianza Editorial. 1993, p.1

⁴⁹⁵ La palabra griega fue asimilada posteriormente por el pueblo romano bajo el vocablo de *asylum* para referirse a la inmunidad de determinados espacios reconocidos como sagrados o inviolables.

⁴⁹⁶ PLUTARCO, *Sobre Rómulo, Leyendas*, citado por CORNEJO, A.R. *op.cit.* Cap. IV. Del mismo modo, Virgilio describe el mismo pasaje histórico en la *Eneida*. Véase VIRGILIO. *Eneida*. Libro VIII.

cantidad considerable de fuerza de trabajo para la ciudad naciente que fue restringiéndose a medida que tal necesidad era satisfecha⁴⁹⁷. De hecho, como subraya URQUIDI CARRILLO, son muy pocos los testimonios de concesión de asilo: “el privilegio reconocido al templo erigido a Julio César en el año 42 a.C, el reconocido a la estatua de Rómulo, y la protección que concedían las águilas de las legiones a los soldados romanos”⁴⁹⁸.

En cualquier caso, todo ciudadano romano sometido a un proceso capital, que podría suponer la pena de muerte, gozaba en virtud del *ius exilii* de la posibilidad de huir de la condena establecida mediante el abandono de la *civitas*⁴⁹⁹. Este derecho de exilio fue evolucionando a través de la *interdictio tecto, aque et igni*, la *deportatio* y la *relegatio in insulam* de carácter penal que fueron delimitando su ámbito de aplicación y distinguiéndolo paulatinamente del derecho de asilo⁵⁰⁰.

Es con la conversión al cristianismo cuando el Derecho Romano reconoce de forma extensiva el derecho de asilo. Teodosio II promulga, en el año 431, la ley 4 que no sólo reconoce el derecho de asilo de las iglesias, sino que los extiende a los anejos casas jardín, pórticos y plaza comprendidos en el recinto exterior del templo⁵⁰¹. Como destaca VIVÓ UNBARRENA, el Código de Justiniano, (título XII, lib, I) recoge las constituciones romanas existentes en el momento sobre el derecho de asilo⁵⁰². En la Novela 37 se establece que para gozar de este derecho es necesario ser cristiano, excluyendo de este modo a los judíos, paganos y herejes. En la Novela 17, cap.7, se excluyen también a los homicidas, adúlteros y raptos de vírgenes. En las Leyes 2 y 6 del Código se imponen, por su parte, penas severas a los violadores del derecho de asilo considerados reos de lesa majestad.⁵⁰³

⁴⁹⁷ URQUIDI CARRILLO, J.E. *op.cit.*p 882

⁴⁹⁸ *Ibidem*. Es este sentido conviene subrayar que el jurista Ulpiano destaca que: “tampoco tengo por fugitivo al que se acoge a una estatua de César, pues no lo hace con intención de huir”. ULPIANO, D.21, 1,17. Citado por VIVÓ UNBARRENA, E. “Utrumque ius: La Institución del Derecho de Asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº4, Madrid, 1993. p. 210.

⁴⁹⁹ TORRES, M. “La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano”. *Revista de Historia de Derecho*. Nº 12, Madrid, 2002, pp.717.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. p. 743

⁵⁰¹ VIVÓ UNBARRENA, E. “Utrumque ius: La Institución del Derecho de Asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº4, Madrid, 1993. p. 210.

⁵⁰² De entre ellas, también la constitución del emperador León, del año 466, en la que se definen los efectos del derecho de asilo, destacando la conminación de la pena capital al que violase la inmunidad de las iglesias. VIVÓ UNBARRENA, E. *op.cit.*p.211.

⁵⁰³ *Ibidem*, pp.211-212.

En la tradición cristiana se encuentran referencias directas a la institución del asilo. De hecho, la Sagrada Familia es propiamente una familia refugiada, “puesto que debe huir a Egipto buscando protección contra la persecución y matanza de Herodes”⁵⁰⁴. Además, el Nuevo Testamento concibe a los cristianos como *peregrinos en la tierra*. Del mismo modo, San Pedro califica a los cristianos de “extranjeros de paso en este mundo” (1ª San Pedro 2:11). La ética cristiana de piedad frente a los míseros y oprimidos nace de la propia concepción del cristianismo como una religión perseguida. Conviene recordar que, según el apóstol San Juan, Jesucristo advierte a los cristianos: “así como a mí me han perseguido a vosotros os perseguirán”. (Juan 15:19).

Los principios fundamentales de la doctrina cristiana de caridad y perdón a los pecadores mediante la expiación dotó al asilo de una nueva naturaleza. El asilo en el cristianismo residía en la intercesión de los monjes y sacerdotes en favor de los asilados, no para contravenir lo dispuesto por las leyes, sino para “colaborar en la tarea de superación de la legislación penal, misma que en muchas ocasiones era bárbara y anacrónica”.⁵⁰⁵ El papel de los monjes y sacerdotes de ofrecer asilo se constituyó como un deber sacerdotal a partir del Concilio de Sárdica en el año 344.⁵⁰⁶

En este punto resulta relevante subrayar el amplio reconocimiento del asilo en las principales religiones monoteístas. Igual que en el judaísmo y en el cristianismo, el asilo es una institución de sólido arraigo también en el Islam. De hecho, la era musulmana se inicia con otro exilio, la Hégira, punto de partida de la expansión de esta religión. El profeta Mahoma, nacido en la Meca, tuvo que refugiarse junto a sus seguidores primero en Abisinia y, posteriormente, en Yathrib, la actual Medina, por ser consideradas subversivas sus predicaciones. Tal relevancia cobra este exilio para los musulmanes que la fecha de la llegada de Mahoma a Medina, el 15 de julio del año 622 en el calendario occidental, es el día en el que comienza la era islámica. El Islam reconoce el dar asilo como

⁵⁰⁴ VILLALPANDO, W. *El asilo en la Historia*. ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/el-asilo-en-la-historia/>

⁵⁰⁵ URQUIDI CARRILLO, J.E. *op.cit.* p 883

⁵⁰⁶ *Ibídem*

un deber esencial, fruto de los valores de solidaridad y de hospitalidad que impregnan toda la ética musulmana⁵⁰⁷.

Volviendo al análisis histórico-jurídico del asilo, a lo largo de la Edad Media, el asilo mantiene su carácter religioso regulado por el Derecho Canónico, con el fin de proteger a los perseguidos por los castigos, generalmente extremos, ejercidos por la justicia civil. Siguiendo a CORNEJO, entre la legislación canónica sobre la materia se encuentran el Decreto Graciano *Concordia Discordantium Canonum* del s. XII, el *Liber Extra* recopilado por el pontífice Gregorio IX, que añade otras disposiciones elaboradas por los Papas Juristas de la Época de Oro del Derecho Canónico, y, finalmente, en la legislación posterior al *Corpus Iuris Canonici*, destacan las constituciones pontificias: *Cum alias* de Gregorio XIV, *Ex quo divina* de Benedicto XII, *In supremo iustitiae solio* de Clemente XII y *Officium Nostri* de Benedicto XIV.⁵⁰⁸

Es en la época feudal en la que el asilo religioso encuentra su máximo apogeo, rigiéndose sólo por disposiciones eclesiásticas. La intercesión sacerdotal entre los delincuentes y sus perseguidores queda fortalecida y las violaciones de los lugares sagrados son castigadas con la excomunión. URQUIDI CARRILLO entiende que “a medida que la Iglesia afirma su poder, el derecho de asilo se transforma con una nueva postura de la Iglesia: la supremacía jurisdiccional, en un plano de absoluta independencia, frente a los poderes seculares”⁵⁰⁹.

A partir de los siglos XIII y XIV, comienza la decadencia del asilo religioso, partiendo del resurgimiento de los textos y códigos del Derecho romano y de la concepción del asilo como una institución del Estado.⁵¹⁰ La consolidación del poder civil soberano fue lo que llevó a lo que LÓPEZ GARRIDO denomina la “laicización” del derecho de asilo.⁵¹¹ En la Ordenanza de Francisco I de Villiers

⁵⁰⁷ En el cap. 8:72-75 del Corán, se expresa: "En verdad, aquellos que han emigrado y han combatido con sus bienes y personas por la Fe, estos son amigos unos de los otros... Si se pide ayuda por causa de la Fe es deber vuestro ayudarles a menos que hayan combatido con gentes a las cuales estáis ligados por alianzas. Aquellos que han creído y han emigrado y han combatido por la Fe, y aquellos que les han dado asilo y asistencia, estos son los verdaderos creyentes...". Citado por VILLALPANDO, W. *El asilo en la Historia*. ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/el-asilo-en-la-historia/>

⁵⁰⁸ CORNEJO, A.R. *El asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas de futuro*. Universidad de las Américas Puebla. 2005. Cap. V. p.2

⁵⁰⁹ URQUIDI CARRILLO, J.E. *Op.cit.*p884.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 885.

⁵¹¹ LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de Asilo*. *Op.cit.*p.8

de Cotterets, de 1539, se derogan los privilegios de la Iglesia en materia de asilo en Francia, mientras que la Reforma en los países protestantes marcaría el inicio el fin de las prerrogativas eclesiásticas sobre esta institución.

Con el nacimiento del Estado moderno se inicia una nueva configuración del asilo. Los tratados de Paz de Westfalia, en 1648, por los que se instaura el Estado nación sobre el principio fundamental de la integridad territorial, regulan las misiones diplomáticas y consagran dos nuevos aspectos de la concepción moderna del asilo: el asilo diplomático y el asilo territorial. El asilo diplomático se caracteriza por ser aquel concedido en las embajadas, consulados y demás misiones diplomáticas en cuanto extensiones del territorio nacional. El asilo territorial, por su parte, es aquel otorgado en territorio ajeno del país de origen de la persona que está buscando protección y tiene como fundamento jurídico el principio de soberanía territorial. Como destaca MARIÑO MENÉNDEZ, “en el ordenamiento internacional cualquier consideración jurídica sobre el asilo debe construirse sobre el hecho básico de que los poderes soberanos de todo Estado tienen un fundamento territorial y se ejercen en un territorio determinado”⁵¹².

Las guerras de religión, tras los movimientos de Renacimiento y de Reforma, “fueron proclives al florecimiento del asilo y el refugio, impidiendo verdaderas masacres e imponiéndose como una necesidad social”.⁵¹³ La muerte indiscriminada de unos 10.000 protestantes calvinistas en España en la llamada noche de San Bartolomé, en 1572, motivó que Francia adoptara uno de los instrumentos pioneros del asilo territorial: el *Edicto de Nantes*, que otorgaba protección a los protestantes perseguidos y les concedía plenitud de igualdad en derechos que a los católicos. Tras su revocación en 1685 por el rey francés Luis XIV, se adoptaron el *Edicto de Postdam*, por el monarca del Ducado de Banderburgo, y el *Act for naturalizaing Protestants*, por el Parlamento inglés, para dar protección en sus territorios a los protestantes perseguidos.

⁵¹² MARIÑO MENÉNDEZ, F. “El asilo y sus modalidades en el Derecho Internacional”. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales, 1995. p.507

⁵¹³ VIERA citado por SERRANO MIGALLÓN. *El Asilo político en México*. 1998. *Op.cit.*p. 35

Estos edictos constituyen medidas de asilo *ad hoc* de carácter temporal y susceptibles de revocación.⁵¹⁴ El asilo comenzaba a configurarse como una cuestión jurídica que requería su reconocimiento como derecho y como deber del Estado. En este sentido, GROCIO, en su obra *De jure belli ac paci*, aboga por “el derecho de asilo de las víctimas de la intolerancia política y religiosa”⁵¹⁵.

Otro factor que contribuyó de manera importante a la desaparición del asilo eclesiástico y a la configuración del asilo territorial y diplomático, como destaca CORNEJO, fue el proceso de humanización de las penas vivido en Europa a partir del s.XVIII.⁵¹⁶ Con las aportaciones de César Beccaria, en su *Ensayo sobre los crímenes y las penas*, y la reformulación de la teoría delictiva que encuentra el fundamento de la pena en la prevención y no en la sanción, la pena capital y los procedimientos inquisitoriales se consideran contrarias a los principios de una sociedad civilizada y el asilo religioso pierde su función supletoria de proteger frente a los excesos judiciales.

El art. 120 de la Constitución francesa de 1793 sería el primer texto constitucional en reconocer el derecho de asilo, disponiendo que el pueblo francés “da asilo a los extranjeros exiliados de su patria por causa de la libertad. Lo rehúsa a los tiranos”. A lo largo del s. XIX, el derecho de asilo se reconoció ampliamente en diversas constituciones europeas,⁵¹⁷ si bien su naturaleza se configuraba como un derecho del Estado para acoger a los perseguidos por razones políticas, más que un derecho humano de la persona a obtener protección jurídica frente a determinados supuestos de persecución.

Siguiendo a SANTOLAYA MACHETTI, el punto de partida de la consideración del refugio como una institución protegida internacionalmente puede encontrarse en el nombramiento, en 1921, y a petición del Comité Internacional de la Cruz Roja, del primer Alto comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados, Fridjoj Nansen.⁵¹⁸ En un primer momento, su mandato abarcaba la asistencia de más del millón de refugiados procedente de la guerra civil rusa, pero posteriormente se amplió a griego, búlgaros y armenios, proponiendo una serie de convenio internacionales para la

⁵¹⁴ CORNEJO, A.R. *Op.cit.*. Cap VI.

⁵¹⁵ GROCIO, H. *De jure belli ac paci*. 1625

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ LÓPEZ GARRIDO, *Op.cit.* p.127

⁵¹⁸ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Derecho de Asilo en la Constitución Española*. 2001. p.21.

protección de refugiados en situaciones concretas y el establecimiento de un estatuto legal en los países de acogida, como el de 5 de julio de 1922 sobre los beneficiarios del “Pasaporte Nansen”.

En 1938, el Comité Intergubernamental para los Refugiados, encargado de prestar asistencia a los procedentes de la Alemania nazi, define a los refugiados como aquellas personas: “obligadas a emigrar a causa de sus opiniones políticas, de sus creencias religiosas o de su origen racial”⁵¹⁹, introduciendo por primera vez el elemento causal en la definición de refugiado.

En 1943 se crea la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y de Reconstrucción destinada a ofrecer ayuda a “todas las personas que como consecuencia de los acontecimientos en Europa han tenido que abandonar o pueden tener que abandonar su país de residencia por el peligro para sus vidas o libertades como consecuencia de su raza, religión o creencias políticas”⁵²⁰.

En julio de 1947 se constituye la Organización Internacional para los Refugiados, como organismo especializado no permanente de las Naciones Unidas. De acuerdo con SANTOLAYA MACHETTI, la constitución de este organismo aporta “una triple novedad de gran trascendencia en la configuración posterior de la figura del asilo”⁵²¹. En este sentido, en primer lugar, el énfasis pasa de la repatriación de los refugiados a su reasentamiento, contemplándose por primera vez la situación de las personas refugiadas y desplazadas como un problema estable y definitivo. En segundo lugar, el refugio adquiere un carácter manifiestamente individual, siendo necesario que se acredite la persecución sobre la persona que solicita la protección. Por último, supone “el reconocimiento implícito por la sociedad internacional de la imposibilidad de otorgar protección a todas las víctimas de las secuelas de la II Guerra Mundial, y la necesidad, en consecuencia, de tratarse de una víctima cualificada del conflicto para tener acceso a este tipo de protección”⁵²².

En diciembre de 1949, la Asamblea General crea la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. El ACNUR tiene el

⁵¹⁹ Véase ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *El Alto Comisionado para los Refugiados de la Sociedad de las Naciones*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/la-comunidad-internacional-se-hace-cargo-del-problema/>

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Derecho de Asilo en la Constitución Española*. *Op.cit.* p. 22

⁵²² *Ibíd.* p.22

mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados y de hallar soluciones a sus problemas. En consecuencia, la organización divide estas soluciones en tres categorías diferenciadas: la repatriación voluntaria, la integración local en el país de asilo y el reasentamiento desde el país de asilo en un tercer país⁵²³.

2. La protección internacional de las personas refugiadas desde la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

2.1. El mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

El 1 de enero de 1951 se crea, por decisión de la Asamblea General, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el ACNUR. El Estatuto de la Oficina se introduce como anexo a la Resolución 428 (V), aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950. En términos generales, de acuerdo con el Estatuto, el ACNUR asume, entre otras competencias, la de ofrecer protección internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas a los refugiados comprendidos en la esfera de competencia de su Oficina⁵²⁴.

El Estatuto contiene definiciones de las personas respecto sobre las cuales el Alto Comisionado tiene competencia que, a pesar de ser parecidas, no son idénticas a la definición establecida por la Convención de 1951. De hecho, la protección que contempla el Estatuto no se circunscribe a los límites temporales ni geográficos de la Convención de 1951 que se analizan en el siguiente epígrafe.⁵²⁵

De acuerdo con el capítulo II del Estatuto del ACNUR, el Alto Comisionado tiene competencia respecto a:

⁵²³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria*. 2000. p. 2

⁵²⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1988. parr.14

⁵²⁵ *Ibidem*. parr. 15

- Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado por los Convenios anteriores al de 1951.⁵²⁶
- Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.
- Cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.⁵²⁷

Por tanto, toda persona que responda a estos criterios establecidos por el Estatuto del ACNUR reúne las condiciones necesarias para recibir la protección de las Naciones Unidas, “independientemente de que se encuentre o no en un país que sea parte en la Convención de 1951 o en el Protocolo de 1967 o de que su país de acogida le haya reconocido o no la calidad de refugiado en virtud de cualquiera de esos instrumentos”.⁵²⁸ A este tipo de refugiados se les denomina *refugiados amparados por el mandato del ACNUR*.

⁵²⁶ Los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados;

⁵²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Resolución 428 (V). Cap.II.parr.6, A) et B)

⁵²⁸ *Ibíd.* parr.16

2.2. Apuntes sobre la protección internacional de las personas refugiadas a lo largo del S. XX

Durante la primera década de su existencia, el ACNUR se dedica principalmente a los refugiados en Europa. Dado que el establecimiento de la organización coincidió con el inicio de la Guerra Fría, la solución prevista en general para los problemas de los refugiados en aquella época consiste en su reasentamiento⁵²⁹. De hecho, como destaca el propio ACNUR, los gobiernos occidentales crean este organismo y redactan la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los refugiados “pensando en los refugiados que huían de los regímenes comunistas”.⁵³⁰

Tras la represión soviética del levantamiento en Hungría en 1956, el ACNUR es requerido por la Asamblea General para asistir a los casi 200.000 refugiados húngaros mediante su reasentamiento en países occidentales. Como destaca GORTÁZAR ROTAECHE, esta es la primera vez que se pone en práctica la determinación de “colectivo”, *prima facie*, de refugiados.⁵³¹ Por su parte, HYNDMAN subraya que este mismo mecanismo de “reconocimiento colectivo” sería de nuevo utilizado por la Asamblea General poco después en relación con los refugiados chinos desplazados desde la China occidental hacia Hong Kong⁵³². En cualquier caso, se le critica al ACNUR el excesivo enfoque eurocéntrico en aquel momento, haciendo muy poco por estos últimos refugiados chinos como por los refugiados tibetanos que huían a la India durante el mismo periodo.

A partir de la década de los sesenta se inicia una nueva etapa para el trabajo del ACNUR, y en consecuencia, para la aplicación fáctica de la protección internacional. Según MELANDER, es el año 1961 el que marca el punto de cambio en la historia del ACNUR, tras la asistencia a los refugiados en Camboya y la petición de ayuda por el Congo para los refugiados que “habían

⁵²⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *La situación de los refugiados en el mundo.2000. Cincuenta años de acción humanitaria. Op.cit.* Introducción.

⁵³⁰ *Ibidem.* Introducción.

⁵³¹ GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Op.cit.* p.169

⁵³² HYNDMAN, P. “Refugees under International Law with a reference to the concept of Asylum” *Austral Law Journal.* Vol.60, 3, 1986. pp.150-151. Citado por GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Op.cit.* p.169

llegado a zonas cercanas”⁵³³. Es en ese mismo año cuando la Asamblea General adopta la Resolución 1673 (XVI) por la que se pide al ACNUR “que siguiera sus actividades en defensa de los refugiados bajo su mandato o aquellos para los que hubiera extendido sus *buenos oficios*”⁵³⁴.

Los entonces nuevos refugiados no huyen de sus hogares por miedo a la represión y la persecución políticas sino por los conflictos resultantes de los procesos de descolonización. En consecuencia, el ACNUR comienza a tratar con flujos masivos de refugiados que, más que integrarse en el país de asilo, buscan el poder regresar a su país tras su independencia⁵³⁵. Sirva de ejemplo los cerca de 250.000 refugiados argelinos que tras la independencia de Argelia de Francia, en 1962, regresan a su país.

A partir de los años setenta, el ACNUR comenzó a trabajar también en el Asia Meridional. La guerra y posterior independencia de Bangladesh en 1971 produjo el éxodo de aproximadamente 10 millones de refugiados en India, constituyendo el mayor desplazamiento de refugiados de la segunda mitad del siglo XX y la mayor operación de emergencia del ACNUR hasta la fecha⁵³⁶. El ACNUR también tuvo un papel clave en la protección de los refugiados que huyen de Camboya, Laos y Vietnam tras las convulsiones políticas que afectan a esos países a mediados de la década de 1970⁵³⁷.

Durante los años ochenta, con la intensificación de la Guerra Fría nuevos conflictos provocan oleadas de refugiados y desplazados, especialmente en el Cuerno de África, Asia y Centroamérica. El país que produjo el mayor número de refugiados durante este período fue Afganistán. A partir de 1989, se establecieron una serie de operaciones de la ONU para la consolidación de la

⁵³³ MELANDER, G. “ Further Development of International Refugee Law”. VV.AA. The Refugee Problem on Universal, Regional and National Levels. Vol. XII. pp.481-482. Citado por GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Op.cit.* p.169

⁵³⁴ ASAMBLEA GENERAL. Resolución 1673 (XVI). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1673\(XVI\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1673(XVI)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

⁵³⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *La situación de los refugiados en el mundo. 2000. Cincuenta años de acción humanitaria. Op.cit.* Introducción.

⁵³⁶ “Durante la crisis, el Secretario General de la ONU pidió al ACNUR que actuase como «punto de convergencia para coordinar la asistencia humanitaria de la ONU y de otras organizaciones internacionales. Esto fue un antecedente del concepto de «organismo principal» que se utilizaría en años posteriores.” ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *La situación de los refugiados en el mundo. 2000. Cincuenta años de acción humanitaria. Op.cit.* Introducción.

⁵³⁷ *Ibídem.*

paz en Namibia, Camboya, El Salvador, Guatemala y Mozambique. En todos estos países, el ACNUR desempeñó un importante papel en la repatriación voluntaria de refugiados e intervino en diversas actividades de protección y asistencia para ayudar a los retornados y a otras personas a reintegrarse y reconstruir sus vidas.⁵³⁸

Es en la década de los ochenta cuando los Estados comienzan a cuestionar la definición del refugiado y la posibilidad de su extensión a otros supuestos. En 1985, en Ginebra, se realizan consultas entre el ACNUR y los gobiernos europeos para abordar el tema de la protección ofrecida por el ACNUR a los refugiados fuera de la definición de la Convención de 1951. CELS entiende que las consultas tienen un efecto positivo para la protección internacional de las personas refugiadas pero que sin nuevos acuerdos internacionales vinculantes queda abierta la posibilidad para los Estados de variar su política de asilo en función a las circunstancias⁵³⁹.

A partir de los años noventa, los desplazamientos masivos de personas refugiadas que se produjeron tras la disolución de la Unión Soviética en 1991⁵⁴⁰ y las nuevas interrelaciones entre los movimientos migratorios y los desplazamientos forzados hacen que el asilo adquiera nuevas características que lo identifican como un fenómeno multidimensional y complejo.

Los conflictos separatistas e interétnicos en el sur del Cáucaso y en el Asia Central, “generaron oleadas de desplazados y refugiados en la primera mitad de la década que hicieron que el ACNUR pusiera en marcha grandes operaciones de ayuda de emergencia”.⁵⁴¹ Destacan los flujos masivos de refugiados del conflicto entre Armenia y Azerbaiyán a causa de Nagorno-Karabaj, los conflictos en los territorios autónomos de Abjazia y Osetia del Sur, en Georgia, la guerra civil en Tayikistán y el conflicto de Chechenia.

⁵³⁸ Tras la invasión soviética del país en 1979, la guerra hizo que, en última instancia, más de seis millones de afganos buscaran refugio en Irán y en Pakistán. *Ibidem*.

⁵³⁹ CELS, J. “European responses to the facto refugees”, VV.AA. *Refugees and International...* op.cit.p.210. Citado por GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Op.cit.* p.171

⁵⁴⁰ Véase la Conferencia del ACNUR en Ginebra los días 30 y 31 de mayo de 1996, en la ciudad de Ginebra, Suiza sobre los Estados Independientes (CEI). En ella se establecen categorías más claras para distinguir a las personas afectadas, como son las de “refugiados, desplazados internos, repatriados, pueblos anteriormente deportados, emigrantes ecológicos y en tránsito”. 1996 CIS Conferece. <http://www.unhcr.org/40b320645.html>

⁵⁴¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *La situación de los refugiados en el mundo. 2000. Cincuenta años de acción humanitaria. Op.cit.* Introducción.

Los principales desafíos del ACNUR en la última década del s.XX son los refugiados del norte de Iraq en 1991 tras la represión por el gobierno iraquí contra la rebelión que estalló al final de la guerra del golfo Pérsico, el éxodo de más de dos millones de ruandeses al Zaire, Tanzania, Burundi y Uganda tras el genocidio de Ruanda de 1994 y los desplazamientos producidos por la guerra de los Balcanes. La guerra en la antigua Yugoslavia provoca un éxodo masivo de refugiados desconocido en Europa desde la Segunda Guerra Mundial poniendo de manifiesto los dilemas que la «limpieza étnica», las dificultades para proteger a los civiles vulnerables en una zona de guerra abierta y la decisión de la comunidad internacional de crear «zonas seguras» en Bosnia y Herzegovina, con el final trágico con la caída de Srebrenica y Zepa en 1995, plantearon al ACNUR y a otras organizaciones humanitarias.⁵⁴²

Por otra parte, se consolida el desequilibrio entre los intereses legítimos de los Estados occidentales de controlar el acceso a su territorios y velar por su seguridad frente a la obligación internacional de garantizar el derecho a la protección de aquellas personas que huyen de la persecución en sus países de origen, garantizado en la Convención del Estatuto de los refugiados de 1951. La dimensión de los movimientos migratorios internacionales, y la variedad de realidades socioeconómica, política y jurídica tanto de las naciones emisoras como de las receptoras impulsa a la creación de nuevas políticas migratorias que absorben la política de asilo y de refugio, especialmente en los países europeos. Como subraya el ACNUR, las medidas destinadas a impedir la entrada de inmigrantes en situación irregular en los países industrializados han hecho que en muchos casos se difumine la distinción, ya problemática, entre refugiados e inmigrantes económicos. De hecho, “estas medidas han contribuido a menudo a la estigmatización de los refugiados como personas que tratan de eludir la ley”⁵⁴³.

⁵⁴² *Ibidem*

⁵⁴³ *Ibidem*

2.3. Principales elementos de la protección internacional de las personas refugiadas en el s.XXI.

En la actualidad, la protección de los refugiados y la búsqueda de soluciones a sus problemas siguen siendo los objetivos centrales de la organización⁵⁴⁴. De acuerdo con GOODWIN-GILL al ACNUR se le encomienda la búsqueda de soluciones prontas y eficaces, el estudio de soluciones que puedan abordar la situación de las personas refugiadas desde su origen, promover la conclusión de textos internacionales en materia de refugiados y supervisar la correcta aplicación de los existentes.⁵⁴⁵ Sin embargo, las actividades que realiza y los contextos en los que trabaja han cambiado de forma significativa en sus más de sesenta años de existencia hasta la actualidad. En términos generales, pueden deducirse cuatro elementos en los que la protección internacional de las personas refugiadas ha evolucionado en los últimos 60 años.

En primer lugar, la escala de las operaciones del ACNUR ha aumentado considerablemente, de los 400.000 refugiados que seguían sin hogar tras la Segunda Guerra Mundial en la actualidad son 38 millones y medio las personas de interés para el ACNUR. En el mismo orden, el presupuesto también ha aumentado: de los 300.000 dólares y 33 trabajadores iniciales, el organismo tiene una dotación actual superior a los mil millones de dólares y cuenta con una plantilla de 5.000 empleados.

En segundo término, las funciones del ACNUR también se han ampliado. Si inicialmente el ACNUR trabajaba para dar protección y facilitar el reasentamiento de refugiados, el ACNUR ha incorporado acciones de prevención, de desarrollo y de sensibilización a lo largo de las décadas de su existencia. Como señala el citado informe, “cuando la organización empezó a intervenir en otras partes del mundo, tuvo que realizar una gran diversidad de actividades, como la entrega de ayuda material en forma de alimentos y alojamiento, así como la provisión de asistencia sanitaria, educación y otros servicios sociales”.

⁵⁴⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria*. 2000. Icaria ed. Disponible en <http://www.acnur.org/publicaciones-SRM/intro1.php#intro3> p.4

⁵⁴⁵ GOODWIN-GILL. “The obligations of States and the protection function of the Office of ACNUR”. Mich. YIS, pp.291-294. Citado por GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*. Universidad Pontificia Comillas. 1997. p.167

Por otra parte, en tercer lugar, también se ha visto ampliado el ámbito de los beneficiarios de la protección internacional. Sobre este tema se incide posteriormente al estudiar el contenido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Conviene destacar que, más allá de la protección a las personas refugiadas, el ACNUR también trabaja para las personas desplazadas dentro de sus propios países, los retornados (refugiados o desplazados internos que han regresado a su lugar de origen), los solicitantes de asilo (cuyo estatuto formal no se ha determinado aún), los apátridas, las poblaciones afectadas por la guerra y otros.⁵⁴⁶ Si bien el art.1 del Estatuto del ACNUR centra las funciones del organismo en “buscar soluciones permanente al problema de los refugiados”, siguiendo el art.9 que permite al ACNUR, “emprender cualquier otra actividad adicional que pueda prescribir la Asamblea General”, se han ido adoptando una serie de resoluciones para otorgar base jurídica para las actividades que realiza el ACNUR para otras personas distintas a los refugiados.

Un último elemento a destacar es que la organización interviene cada vez más en situaciones imprevisibles e inestables, así como en situaciones donde se está desarrollando un conflicto armado. A diferencia de sus inicios en los que el ACNUR operaba de formar reactiva en países de asilo sin riesgos, el ACNUR está presente en la actualidad en situaciones bélicas, “algo que lo expone a nuevos peligros y que ha planteado a la organización toda una serie de nuevos retos”⁵⁴⁷, previniendo los abusos contra los derechos humanos en los países de origen e incorporando un enfoque más holístico y a largo plazo al problema del desplazamiento forzado.

De acuerdo con el informe anual de ACNUR, “Tendencias Globales”, que analiza el desplazamiento que ha tenido lugar durante el año 2012 a partir de los datos facilitados por gobiernos, organizaciones no gubernamentales asociadas, y por el propio ACNUR, a finales de 2012 más de 45,2 millones de personas se encontraban desplazadas forzosamente, frente a los 42,5 millones a finales de 2011⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ *Ibidem.* p.4

⁵⁴⁷ *Ibidem.* p.5

⁵⁴⁸ Esta cifra incluye a 15,4 millones de refugiados, 937.000 solicitantes de asilo y 28,8 millones de desplazados internos, personas obligadas a huir dentro de las fronteras de sus propios países.

En la actualidad, la guerra sigue siendo la causa principal del desplazamiento forzado. El 55 por ciento de los refugiados que figuran en el informe proceden de cinco países afectados por la guerra: Afganistán, Somalia, Irak, Siria y Sudán, aunque se evidencian nuevos desplazamientos desde Malí, la República Democrática del Congo y desde Sudán hacia Sudán del Sur y Etiopía. De acuerdo con António GUTERRES, Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados, “estas son cifras realmente alarmantes que reflejan un enorme sufrimiento individual y las dificultades de la comunidad internacional para prevenir conflictos y promover a tiempo soluciones para ellos”,

Por último, no puede concluirse el análisis general de la protección internacional en el s.XXI sin poner de manifiesto una de los elementos más destacables de la respuesta de la comunidad internacional frente a la situación de los refugiados: la falta de solidaridad en las responsabilidades adquiridas por los países más ricos frente aquellas adquiridas por los países más pobres. En este sentido, en términos generales, son los países en desarrollo los que acogen al 81 por ciento de los refugiados en el mundo, cifra que ha aumentado en comparación con el dato de hace una década cuando acogían al 70 por ciento.⁵⁴⁹

3. El Derecho internacional de los refugiados. Análisis de las fuentes, de los elementos sustantivos y del contenido del estatuto de refugiado.

3.1. Las fuentes del Derecho internacional de los refugiados

En la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas celebrada el 28 de julio de 1951 se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que entra en vigor el 21 de abril de 1954. La Convención de 1951 es considerada hasta la fecha el instrumento jurídico de mayor relevancia para el Derecho Internacional de los refugiados. Sin embargo, su texto original presenta dos límites, uno de carácter temporal y otro geográfico, en la

⁵⁴⁹ De los 10,5 millones de refugiados bajo el mandato de ACNUR (otros 4,9 millones de refugiados palestinos se encuentran bajo el mandato de nuestra agencia hermana, la UNWRA), la mitad han sido acogidos por países con un PIB per cápita inferior a 5.000 dólares USA

actualidad superados por el posterior Protocolo de 1967. De acuerdo con su art. 1. A, sus previsiones sólo son de aplicación a los acontecimientos a 1951 o que, a pesar de suceder con posterioridad, puedan ser retrotraídos a esa fecha. La razón del límite temporal era que en aquel momento los Estados querían limitar sus obligaciones respecto a los refugiados ya existentes o aquellos que pudieran surgir como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos.⁵⁵⁰

La Convención de 1951 no define el término de acontecimientos, pero se entendió que designaba “los sucesos de particular importancia que implicaban cambios territoriales o cambios políticos profundos y los programas sistemáticos de persecución que son consecuencia de cambios anteriores”⁵⁵¹. En cualquier caso, la fecha límite se refería a los acontecimientos a raíz de los cuales una persona se convierte en refugiado y no a la fecha en que esa persona adquiere tal calidad ni a la de la fecha límite, a condición que sus temores de ser perseguido tengan por causa “acontecimientos” ocurridos antes de la fecha límite o sucesos ocurridos en una fecha posterior como consecuencia de tales acontecimientos.⁵⁵² En este sentido, se consideraron incluidos los acontecimientos de Hungría de 1954 dado que entendieron como consecuencias de la división de bloques de influencia de Europa con la correspondiente permanencia de Hungría en el área soviética.⁵⁵³

Por otra parte, la Convención de 1951 se refiere exclusivamente a los acontecimientos sucedidos en Europa. En pocos años, principalmente por la crisis de los refugiados chinos en Hong Kong, las Naciones Unidas reconocen que el problema es global y no sólo europeo, creándose a los efectos un fondo de emergencia a través de la Resolución 1166 (XII) de 26 de noviembre de 1957. En consecuencia, como destaca SANTOLAYA MACHETTI, “durante buena parte de la vigencia de la Convención los refugiados son exclusivamente procedentes del bloque soviético”⁵⁵⁴. Como se ha analizado en un epígrafe anterior, la primera intervención del ACNUR se produce con el éxodo masivo

⁵⁵⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1988. Parr.7

⁵⁵¹ NACIONES UNIDAS. Documento UN E/1618. p.19. Citado por el ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* Parr.36

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.* p.23

⁵⁵⁴ *Ibidem*. p.24

de unos 200.000 refugiados húngaros tras la entrada del ejército soviéticos y su reasentamiento en 35 países.

Las nuevas situaciones de los refugiados requieren la elaboración de un Protocolo que superase los límites temporales y geográficos de la Convención de 1951. El Protocolo, tras pasar la aprobación de la Asamblea General, queda abierto a la adhesión el 31 de enero de 1967 y entra en vigor el 4 de octubre del mismo año. De acuerdo con el mismo, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición que figura en la Convención, pero sin los límites temporales ni geográficos de la misma. Conviene destacar que aunque vinculado a la Convención, “el Protocolo es un instrumento independiente y la adhesión al mismo no está limitada a los Estados Partes en la Convención”⁵⁵⁵.

A pesar de que los límites temporales y geográficos de la Convención fueron superados por el Protocolo de 1967, no puede dejarse de apreciar la herencia de los primeros años de vigencia de la Convención. El análisis causal individualizado de cada solicitud de asilo y el enfoque eurocéntrico, hoy en día occidentalizado, de la protección internacional persiste en el sistema actual de un régimen jurídico internacional nacido en un escenario global de Guerra Fría y frecuentemente instrumentalizado políticamente por los bloques.

En cualquier caso, desde una perspectiva jurídica, los dos principales instrumentos del Derecho Internacional de los refugiados comprenden tres tipos distintos de disposiciones:

1. Las disposiciones que contienen la definición básica de refugiado y los criterios por los que un refugiado deja de serlo
2. Las disposiciones que delimitan el estatuto jurídico de los refugiados, estableciendo sus derechos y sus obligaciones en el país de acogida.
3. Otro tipo de disposiciones vinculadas a la aplicación de los instrumentos en los ámbitos administrativo y diplomático.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* Parr.9

⁵⁵⁶ “El artículo 35 de la Convención de 1951 y el artículo II del Protocolo de 1967 enuncian la obligación de los Estados contratantes de cooperar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el ejercicio de sus funciones y, en especial, de ayudarlo en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esos instrumentos”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *Ibidem.* parr.12

Además de la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, existen una serie de acuerdos e instrumentos de carácter regional relativos a los refugiados. Dejando el análisis de la normativa de la Unión Europea y del Consejo de Europa para el estudio en los capítulos VI y VII del presente trabajo, conviene mencionar los instrumentos regionales más relevantes en África y en América Latina sobre la materia ya que, por una parte, algunos de ellos incorporan una definición del término de refugiado más extensa y, por otra, algunos regulan de forma más específica el contenido del estatuto de los refugiados en cuestiones como la concesión del asilo, los documentos y condiciones del viaje, entre otras.⁵⁵⁷

Dentro de la normativa regional africana destaca la *Convención sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África*, adoptada en 1967 por la Organización para la Unidad Africana, reemplazada en 2002 por la Unión Africana, cuyo elemento principal es la ampliación del ámbito subjetivo de la protección internacional abarcando no sólo a los perseguidos sino también a los que huyen de la guerra y de la violencia en sus comunidades. El apartado segundo del art.1 dispone que el término de refugiado debe también aplicarse a toda persona que, por motivos de una agresión exterior, ocupación, dominación extranjera o por eventos que seriamente perjudiquen el orden público en parte o en la totalidad del su país de origen, es obligado a abandonar su lugar habitual de residencia para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.⁵⁵⁸ Por su parte, la Carta Africana de Derechos y del Bienestar del Niño, de 1990, también establece disposiciones específicas sobre los refugiados menores no acompañados de sus padres o tutores.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ *Ibidem*.parr.20

⁵⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA. Convención reguladora de los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa). Firmada en Addis Abeba septiembre de 1969. Art.2. Disponible en: http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAba_ba_10September1969_0.pdf

⁵⁵⁹ El art. 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 11 de julio de 1990 dispone que: "Los Estados Parte en la presente Carta adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que un niño que solicite la condición de refugiado o que sea considerado refugiado conforme al derecho nacional o internacional aplicable, tanto si está solo como si está acompañado por sus padres, sus tutores legales o unos parientes cercanos,

Dentro del sistema jurídico regional interamericano destaca la Declaración de Cartagena, adoptada en 1984 por un grupo de expertos y juristas de reconocido prestigio de diferentes países de América Latina. La característica principal del documento es que amplía la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951, incluyendo a las personas que han huido de su país “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁵⁶⁰.

La misma Declaración fundamenta la ampliación del ámbito subjetivo de la protección internacional en los éxodos masivos de los refugiados, principalmente en el área centroamericana, que hace necesario “encarar la extensión del concepto de refugiado en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.⁵⁶¹ A pesar de que la Declaración de Cartagena no es un instrumento jurídicamente vinculante, se le considera la base de la política de asilo en la región y ha sido incorporada en las legislaciones nacionales de un amplio número de países latinoamericanos.

Además, en América Latina, el problema del asilo territorial y diplomático ha sido tratado en una serie de instrumentos regionales, incluso anteriores a la Convención de 1951, entre los que figuran el Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); el Acuerdo sobre Extradición, (Caracas, 1911); la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); y la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954)⁵⁶².

reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para disfrutar de los derechos establecidos en esta Carta y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario e los que los Estados sean Parte.”

⁵⁶⁰ DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá : Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. III-3ª

⁵⁶¹ *Ibidem*.

⁵⁶² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Op.cit.. parr.21

Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, cabe resaltar que la Convención Interamericana para la Prevención, la Sanción y la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres de 1994, conocida como la Convención de Bélem do Pará, toma en consideración la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.⁵⁶³

Por último, dentro de las fuentes del Derecho Internacional de los Refugiados es necesario mencionar una serie de instrumentos internacionales que contienen disposiciones relativas a la protección internacional en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la protección de los apátridas, el derecho de asilo territorial o la protección de las personas desplazadas.

En este sentido, en primer lugar, en el Derecho Internacional Humanitario destaca el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra establece incluye en el art. 44 en la definición de víctimas civiles a los refugiados y la personas desplazadas. Del mismo modo, el art. 73 del Protocolo adicional de 1977 establece que los refugiados y los apátridas serán personas protegidas en el sentido de los títulos I y III del Cuarto Convenio de Ginebra.

En segundo lugar, conviene destacar brevemente el régimen jurídico internacional de los apátridas. En 1954, en el seno de las Naciones Unidas, se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. De acuerdo con esta Convención, se entiende por apátrida toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación⁵⁶⁴. En 1961, se adopta la Convención para reducir los casos de apátrida por la que “todo Estado contratante en esta Convención concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”. De acuerdo con ésta última Convención, los Estados parte se obligan a no privar de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida, especificando en la Convención que no se privará de su nacionalidad a ninguna

⁵⁶³ CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA PREVENCION, LA SANCION Y LA ERRADICACION DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. 13 de marzo de 1996. Art.9

⁵⁶⁴ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APATRIDAS. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Art.1.1.

persona o a ningún grupo de personas por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos.

Como destaca el ACNUR, la apatridia es un problema masivo que afecta a un promedio de 12 millones de personas en todo el mundo y tiene un impacto terrible en las vidas de las personas. La posesión de la nacionalidad es esencial para la participación plena en la sociedad y un requisito previo para el disfrute de muchos derechos fundamentales. En febrero de 2012 el ACNUR ha publicado una Directriz sobre la definición de “Apátrida” en el artículo 1(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954⁵⁶⁵.

En tercer lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial aprobada en 1967 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece una serie de principios fundamentales relativos al asilo territorial. De acuerdo con HATHAWAY, su elaboración obedece al fracaso de incluir en la Convención de 1951 cualquier obligación para los Estados más allá de la no devolución, que como se analiza en un posterior epígrafe, consiste en la prohibición de devolver a un refugiado a un país en el que puede enfrentarse a un riesgo fundamentado de sufrir persecución⁵⁶⁶. En este sentido, en la elaboración de la Convención de 1951, aunque los Estados acordaron ofrecer protección internacional, decidieron mantener la posibilidad de decidir quién podía ser admitido en su territorio, quien debería permanecer en él y quien debería ser reasentado⁵⁶⁷.

La Declaración define el asilo territorial como “un acto pacífico y humanitario y que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado”. Se defiende el principio humanitario básico de la no devolución y se recuerdan los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en que se puntualizan, respectivamente, el derecho a salir de cualquier país, incluso

⁵⁶⁵ Las Directrices del ACNUR sobre la Apatridia son el resultado de una serie de consultas de expertos llevadas a cabo en el contexto del 50º aniversario de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 y tienen por objetivo brindar orientación interpretativa a gobiernos, ONG, organizaciones internacionales y otros sujetos y entidades involucrados en el tratamiento de la apatridia. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *¿Quién es un apátrida?* Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/apatridas/>

⁵⁶⁶ HATHAWAY, J.C. “The Development of the Refugee Definition in International Law”. *The Law of Refugee Status*. 1991. p.14

⁵⁶⁷ HYNDMAN, P. “Refugees under International Law with a Reference to the Concept of Asylum”. *Australian L.J.* 148. 1986. p.153

del propio, y a regresar a su país y el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él⁵⁶⁸.

Diez años después, un borrador de Convención sobre el Derecho de Asilo fue elaborado y presentado ante la Conferencia de Plenipotenciarios de 1977. En la Conferencia surgieron diferentes propuestas, entre las que destaca la de la República Federal de Alemania que defendía el derecho de asilo como un derecho subjetivo que obligara a los Estados Parte a otorgarlo. La propuesta alemana fue rechazada por 53 votos en contra, 4 a favor y 21 abstenciones, signo evidente de la voluntad de la mayoría de defender el ejercicio del principio de soberanía nacional y de concebir el derecho de asilo como un derecho objetivo y discrecional. La Conferencia no logró su objetivo de adoptar una Convención sobre el Asilo Territorial y se decidió que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocara otra reunión posterior sobre la materia que hasta la fecha no ha tenido lugar.⁵⁶⁹

Por último, conviene subrayar el régimen jurídico de los desplazados internos, personas a las que no se les aplica la Convención de 1951 por no cruzar la frontera de su país de origen en busca de protección pero consideradas de interés por el trabajo del ACNUR, ya que en determinadas circunstancias, pueden ser obligados a huir por las mismas razones de los refugiados (conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos), con la diferencia que los desplazados internos permanecen bajo la protección de su gobierno, aun en los casos en que el mismo gobierno se convierte en una de las causas de su huida⁵⁷⁰.

Según los datos del Observatorio sobre el Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados (IDMC-NRC), a finales de 2013 había 33,3 millones de desplazados internos en todo el mundo - 4,5 millones más que en 2012 - el 63% de los cuales en cinco países afectados por conflictos: Siria, Colombia, Nigeria, República Democrática del Congo (RDC) y Sudán. La ayuda internacional dirigida a los desplazados internos plantea un sinnúmero de

⁵⁶⁸ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Folleto Informativo No.20, Los Derechos Humanos y los Refugiados*. p.6

⁵⁶⁹ LADRÓN DE GUEVARA, V. *Asilo político como figura en desuso del Derecho Internacional como consecuencia de la Guerra contra el Terrorismo*. 2006. p.23

⁵⁷⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. EI ACNUR y la protección de los desplazamientos internos. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/desplazados-internos/>

dificultades, sin embargo en la actualidad (datos de finales de 2012) el ACNUR asiste a 17,5 millones de ellos en 26 países.⁵⁷¹

Los desplazados internos mantienen todos los derechos que les corresponden como ciudadanos, además de la protección derivada del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Destacan los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno por su relevancia para la interpretación de los derechos que tienen las personas en situación de desplazamiento, así como las obligaciones correlativas de los Estados en relación con su protección. Estos Principios fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Desplazamiento Interno y constituyen un estudio exhaustivo de las disposiciones jurídicas internacionales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Internacional de los Refugiados –que amparan a este grupo poblacional.⁵⁷²

3.2. La definición de refugiado en el Derecho internacional de los refugiados

De acuerdo con el párrafo 2 de la sección A del art.1 de la Convención de 1951, el término “refugiado” se aplicará a toda persona: “que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se

⁵⁷¹ *Ibidem.*

⁵⁷² De acuerdo con el Consejo Económico y Social estos principios Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos: "los Principios Rectores tienen por objeto tratar las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo, determinando los derechos y garantías necesarios para su protección. Los principios reflejan y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y el derecho humanitario internacional. Reafirman las normas aplicables a los desplazados internos, que se encuentran sumamente dispersas en los instrumentos existentes, esclarecen las ambigüedades que puedan existir y tratan de colmar las lagunas identificadas en la compilación y análisis. Se aplican a las diferentes fases de los desplazamientos, ya que conceden protección contra los desplazamientos arbitrarios, proporcionan acceso a la protección y asistencia durante los desplazamientos y garantías durante el regreso o el asentamiento y la reintegración sustitutivos." CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. "Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, Éxodos en Masa y Personas Desplazadas. Informe del Representante del Secretario general, Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos." E/CN.4/1998/53/Add.2

encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Siguiendo a HATHAWAY, la definición de refugiado de la Convención de 1951 proviene de los esfuerzos de los países occidentales de dar prioridad a la protección a las personas cuya huida era motivada por la persecución de los valores políticos pro-occidentales⁵⁷³. De este modo, la concisa formulación de los motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social, excluye cualquier posibilidad de que la Convención pueda ser empleada por el bloque soviético para sus fines políticos.

Con el Protocolo de 1967, la definición de refugiado se universaliza, al menos a efectos formales, superando como se ha destacado previamente los límites tanto temporal como geográfico de la Convención de 1951. Sin embargo, la definición no se amplía a nuevos motivos y sólo aquellas personas que huyen por una persecución de tipo civil o política puede encontrar refugio, excluyéndose *de facto*, a la mayoría de los refugiados de los países en vías de desarrollo, cuya huida se debe principalmente a un desastre natural, a una guerra o a crisis económicas y políticas que no responden a los parámetros occidentales de persecución.⁵⁷⁴

El fracasado proyecto de Convención sobre el Asilo Territorial de 1977 incluía, sin embargo, una ampliación de los términos por los que se define a un refugiado. De este modo, el borrador del art.2 aportaba relevantes novedades en la concepción de refugiado establecida en la Convención de 1951, arrojando luz sobre los conceptos de opinión política, entre los que incluía la oposición al apartheid o al colonialismo, y de los actos de persecución, entre los que se incorporaba el procesamiento judicial o el castigo por los mismos motivos de la persecución. A pesar de que el proyecto de Convención sobre el Derecho de Asilo no consiguiera el consenso necesario, la votación específica sobre el art.2

⁵⁷³ HATHAWAY, J.C. “The Development of the Refugee Definition in International Law”. *The Law of Refugee Status*. 1991. p.6

⁵⁷⁴ LENTINI. E. “The Definition of Refugee in International Law: Proposals for the future” 1985, *Boston Call, Third World L..J.* p. 183. Citado por HATHAWAY, *op.cit.* p.11

obtuve 47 votos a favor frente a 14 negativos y 21 abstenciones en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1977, lo que revela la voluntad de una parte de la comunidad internacional de adoptar un concepto de refugiado más amplio que el establecido por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.⁵⁷⁵

Tomando en consideración que tanto el mandato del ACNUR ha sido ampliado para proteger a otras personas de interés que no entran en la definición establecida por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, que en la Conferencia sobre el Asilo Territorial de 1977 se votó a favor de la ampliación del término y que a nivel regional se han aprobado instrumentos jurídicos que amplían los parámetros de la definición de refugiado, la doctrina se pregunta si se puede entender reconocida por el Derecho internacional consuetudinario un régimen jurídico de protección internacional más amplio del establecido por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

En este sentido destaca la postura de GOODWIN-GILL que defiende que una nueva clase de refugiados queda reconocida por el Derecho internacional consuetudinario⁵⁷⁶. Argumenta este autor que la obligación de los Estados de observar el principio de no-devolución se extiende a otras personas fuera de la definición prevista en la Convención de 1951 siempre y cuando se enfrenten a una falta de protección por las autoridades gubernamentales del país de origen frente a un peligro fuera de su elección o control. En consecuencia, siguiendo esta teoría las personas que huyen de sus países por situaciones de conflicto o violaciones de derechos humanos deben beneficiarse de la presunción para la protección humanitaria y no pueden ser devueltos a sus países de origen salvo que en ellos desaparezcan el riesgo de peligro.

En contra de esta postura se han manifestado autores como HAILBRONNER que conciben esta teoría como un “discurso jurídico deseable” pero que carece de los elementos necesarios para la constitución de la costumbre como fuente de Derecho Internacional. En este sentido, no existe ninguna práctica internacional de los Estados consistente y uniforme en relación con la ampliación de los términos de la definición establecida por la Convención de 1951, ni la *opinio iuris* requerida para constituir una norma

⁵⁷⁵ HATAHWAY, J.C. *op.cit.* p 16

⁵⁷⁶ GOODWIN-GILL, G. “Non-Refoulement and the New Aylum Seekers. *Virginia Journal of International Law*. Vol 897. 1986. p.901.

internacional que ofrezca protección internacional por otros motivos de los establecidos en la Convención de 1951.

En conclusión, como destaca HATHAWAY, el Derecho Internacional Público reconoce cuatro categorías de refugiados.⁵⁷⁷ Primero, aquellos refugiados definidas por la Convención de 1951 y por el Protocolo de 1967 titulares de una serie de derechos, entre ellos que el derecho a no ser devuelto al país donde pueda sufrir persecución. Segundo, aquellos refugiados que están protegidos por algún instrumento regional como los existentes en África y Latinoamérica, en los que se establece una definición de refugiado más amplia que abarca a las víctimas de conflictos y de violencia y a los que se les concede un estatuto jurídico más amplio que el reconocido por la Convención de 1951. Tercero, aquellas personas que huyen de su país por motivos de persecución no establecidos en la Convención de 1951, ni en los instrumentos regionales, pero que sí pueden encontrar asilo de acuerdo con la legislación nacional de un Estado. Por último, todos aquellos desplazados forzados por acontecimientos de origen natural o humano que no tienen en sí mismo la titularidad de un derecho a la protección internacional, pero que pueden solicitar apoyo institucional del ACNUR tanto a nivel de asistente material, ayuda en la repatriación o reasentamiento o, incluso en algunos casos, protección internacional.

3.3. Análisis sustantivo de los elementos de la protección internacional

Antes de iniciar un examen integral de los elementos que constituyen la definición de refugiado de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados conviene destacar que una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos establecidos por la definición del art. 1. En este sentido, el reconocimiento de la condición de refugiado realizado por el procedimiento que lleva a cabo cada Estado es un acto de naturaleza declarativa y no constitutiva. El ACNUR ha expresado que “no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal

⁵⁷⁷ HATHAWAY, J.C. *op.cit.* p.27

condición por el hecho de ser refugiado”⁵⁷⁸. En consecuencia, el incumplimiento de los requisitos de carácter formal o procesal, como los plazos, no niega la titularidad del derecho a la protección internacional, sino en su caso la posibilidad del ejercicio de la misma.

Cuando se intentan aplicar los criterios del art.1 durante el procedimiento individualizado de asilo llevado a cabo por las autoridades gubernamentales de cada Estado, los responsables en tomar decisiones deben considerar todas las circunstancias relevantes del caso, siendo necesaria una “visión completa de la personalidad del solicitante, sus antecedentes y experiencias personales, como un análisis y conocimiento actualizado de todas las circunstancias objetivas relevantes del país de origen”⁵⁷⁹. Sin embargo, como destaca GOODWIN-GILL, esta visión global de la realidad del solicitante no invalida para afirmar que el elemento central para poder calificar a una persona como refugiada es el temor de persecución por un motivo de la Convención⁵⁸⁰. Partiendo de estas dos premisas, se presenta a continuación un análisis de los elementos de inclusión, de exclusión y de cesación recogidos por la Convención de 1951.

3.3.a) Análisis de los elementos de inclusión del estatuto de refugiado

De acuerdo con el art. 1. A. 2): “el término de refugiado se aplicará a toda persona que...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”⁵⁸¹.

En relación con el temor fundado, el ACNUR ha reiterado que a pesar de que se trata de un sentimiento subjetivo, a efectos de determinar el estatuto de refugiado, ha de ser fundamentado en una base objetiva. Sin embargo, conviene destacar que aunque no se exprese un temor subjetivo sobre unos criterios objetivos, las propias circunstancias también pueden propiciar el

⁵⁷⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* Parr. 28

⁵⁷⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.* 2001. p. 8

⁵⁸⁰ GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law.* Oxford. 1996. p.41

⁵⁸¹ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 1951. Art. 1.A)2.

reconocimiento de la protección internacional siempre que “cualquier persona en dichas circunstancias correría un riesgo tan obvio que la ausencia de temor sería indiferente”⁵⁸². Es por ello que resulta tan relevante el estudio pormenorizado e individualizado de las circunstancias de cada solicitud de asilo, contando con información objetiva y verificable sobre el país de origen respecto a cada caso individualizado.

Una cuestión vinculada al temor fundado que se le requiere al refugiado para el reconocimiento de su estatuto es la llamada “huida interna” o “principio de reubicación”, aplicada por algunas jurisdicciones, según el cual el temor fundado no puede ser superado si el perseguido se instala en otra zona o región del país de origen. Este asunto es analizado en el capítulo VI del presente estudio respecto a la normativa y reciente jurisprudencia de la Unión Europea. Desde una óptica internacional, el ACNUR ha declarado que esta posibilidad “debe ofrecer un ambiente habitable y seguro, libre de la amenaza de persecución, donde la persona pueda llevar una vida normal, incluyendo el ejercicio y goce de derechos civiles y políticos, junto a miembros de la familia, en condiciones económicas, sociales y culturales comparables con las disfrutadas por aquellas personas que normalmente viven en ese país”⁵⁸³.

En este sentido, los requisitos recién mencionadas de que la persona esté libre de persecución y de que pueda ejercer y disfrutar de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, han llevado a la doctrina especializada a cuestionarse un elemento para la determinación del estatuto del refugiado: la suficiencia en la protección ofrecida por parte de las autoridades del país de origen. Algunos autores, como HATHAWAY, defienden a falta de protección estatal como uno de los criterios fundamentales para la definición de refugiado de acuerdo con la Convención de 1951⁵⁸⁴. Otros autores, entre los que se encuentra GOODWIN GILL le ofrecen menos relevancia a esta cuestión entendiendo que la Convención regula el término de protección “como un conjunto de razones, intereses y medidas”⁵⁸⁵. Para el ACNUR, el requisito de una protección nacional efectiva “no es un asunto

⁵⁸² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.*p.11

⁵⁸³ Al respecto véase ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Relocating Internally as an Alternative to Seeking Asylum: (the So-Called "Internal Flight Alternative" or "Relocation Principle")*. 1999

⁵⁸⁴ HATHAWAY, J.C. *The Law of Refugee Status*, p. 101

⁵⁸⁵ GOODWIN-GILL, G.S. *op.cit.*p.77

separado ni esencial, sino uno de una serie de elementos concomitantes en la determinación del estatuto de refugiado en algunos casos, especialmente aquéllos que conllevan temor a una persecución por agentes no estatales”⁵⁸⁶. Por tanto, la cuestión reside en si el riesgo que da lugar al temor es suficientemente mitigado por una protección nacional disponible y efectiva, frente al daño temido.

En otro orden de términos, es destacable que el concepto de persecución no aparezca definido en ningún instrumento jurídico del Derecho internacional. Tanto la normativa comunitaria sobre el asilo como la legislación española, tal como se estudia en los capítulos VI y IX del presente estudio, sí enumeran los actos que constituyen persecución, sin embargo, ni la Convención de 1951 ni el Protocolo de 1967 ofrecen una definición de este fundamental concepto. Al respecto, el entonces asesor jurídico del ACNUR, Paul WEISS, entendió que la exclusión fue deliberada para permitir que con el paso de los años pudieran aceptarse nuevas formas de persecución.⁵⁸⁷

Respecto a la definición del término de persecución han surgido dos debates fundamentales de necesario análisis. Por una parte, la doctrina se plantea hasta qué punto la discriminación de derechos humanos puede constituir una persecución reconocida para la Convención de 1951. Autores como GOODWIN-GILL destacan que “incluso los abusos menos explícitos deberían ser suficientes, dependiendo de su naturaleza y severidad, y especialmente si se prueba su carácter repetitivo”⁵⁸⁸. La solución de la cuestión se encuentra en los criterios de gravedad y de reiteración de la discriminación. En este sentido, el ACNUR ha subrayado, basándose en pronunciamientos de tribunales nacionales, que “mientras que es generalmente aceptado que la *mera* discriminación no puede, en una situación normal, constituir persecución en sí misma patrón persistente de discriminación continua y generalizada

⁵⁸⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001. parr.15

⁵⁸⁷ NACIONES UNIDAS. Doc. HCR/INF/49, p.22

⁵⁸⁸ GOODWIN-GILL, G., Mc ADAM, J. *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford: Oxford Univ.Press, 2007, at p.92.

normalmente constituirá, de forma acumulada, persecución, y justificará la protección internacional”⁵⁸⁹.

Otra cuestión que ha generado confusión es la diferenciación entre el concepto de enjuiciamiento de acuerdo a una ley nacional y el de persecución por una razón establecida por la Convención. Este asunto adquiere relevancia en los supuestos en los que la aplicación de una ley es discriminatoria o cuando tiene un impacto diferenciado por los motivos previstos en la Convención. Para aclarar los términos resulta conveniente atender a lo dispuesto por el ACNUR en el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* en el que se distinguen ambos conceptos en función de los siguientes criterios:

- si la ley es conforme a estándares de derechos humanos o si es inherentemente persecutoria (por ejemplo, cuando prohíbe alguna legítima creencia o actividad religiosa);⁵⁹⁰
- si la aplicación de la ley se realiza en una forma que constituye persecución basada en un motivo establecido en la Convención, como por ejemplo si a las personas acusadas de acuerdo a la ley en cuestión, se les niega el debido proceso de ley por una de las razones establecidas en la Convención; si el enjuiciamiento es discriminatorio, si la pena es aplicada de forma discriminatoria o si la pena establecida por la ley constituye persecución por tratarse de un trato cruel, inhumano o degradante⁵⁹¹.

El fundado temor a una persecución debe estar motivado por una de las cinco causas establecidas en el citado art. 1.A.2): raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. El análisis de estos motivos debe realizarse en función de una serie de criterios. En primer lugar, de acuerdo con la práctica del ACNUR y, a diferencia de lo requerido por la jurisprudencia de algunos Estados, el motivo establecido en la Convención

⁵⁸⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.*parr.17

⁵⁹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.*parr.18

⁵⁹¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.* parrs. 56 a 60 y 167 a 174

se considera un factor contribuyente relevante, “aunque no necesariamente tiene que ser la causa única o dominante”.⁵⁹² En segundo lugar, se puede sentir temor fundado a ser perseguido por varios motivos de los establecidos en la Convención de forma interrelacionada, como por ejemplo en los supuestos de persecuciones étnicas donde el miedo a sufrir persecución reside tanto en el motivo de la nacionalidad como en el motivo de la raza. En tercer lugar, los motivos no tienen que ser reales, sino que son suficientes los denominados motivos imputados o percibidos por los que la persona es perseguida por ser percibida como creyente de una determinada religión, perteneciente a un determinado grupo social, raza, nacionalidad o seguidor de una ideología política, aunque en realidad no lo sea.⁵⁹³

El motivo de la raza abarca todos los grupos étnicos existentes y las minorías formadas por grupos sociales con ascendencia común. En términos generales por actos de persecución por motivo de la raza se entiende la vulneración de la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables, “o cuando no hacer caso de barreras raciales lleve apareadas graves consecuencias”.⁵⁹⁴ Por su parte, la persecución por motivos de religión puede adoptar diversas formas por los que se vulnera el derecho humano a la libertad de culto. De acuerdo con lo establecido por el ACNUR los actos de persecución por motivos de religión pueden incluir: “la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa o bien graves medidas de discriminación impuestas a las

⁵⁹² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001. Parr. 23

⁵⁹³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. Op.cit. parr.25 “Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 78 y 80. Véanse también las sentencias de Supreme Court of Canada, *Attorney General (Canada) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689, 747; Federal Court of Appeal, *Inzunza v. Canada*, [1979], 103 D.L.R. (3d) 105, 109 (F.C.A.); U.S. Court of Appeals, *Sangha v. INS*, 103 F.2d 1402, 1489 (9th Cir. 1997); *Lopez- Galarza*, 99 F.3d 954 (9th Cir. 1996); *Desir v. Ilchert*, 840 F.2d 723, 728 (9th Cir. 1988); *Hernandez-Ortiz v. INS*, 777 F.2d 509, 517 (9th Cir. 1985); C.P.R. (2 ch.) (Bélgica), 25 de febrero, F059; Higher Administrative Court, VGH Baden- Wurttemberg (Alemania), 31 de agosto de 1992, A 16 S 1055/92; (Reino Unido) *Secretary of State for the Home Department v. Patrick Kwame Otchere* [1988] Imm.A.R. 21 (Tribunal); *Re Gholam Hussain Ershadi-Oskoi*, 4 de mayo de 1993, No. 10120 (Immigration Appeals Tribunal); Hoge Raad (H.R.) (País Bajo), *A.B.*, 26 de febrero de 1993, 493, 1993; Council of State (ARRvS), 15 de junio de 1993, *R.V.*, 1993, 10.”

⁵⁹⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. parr. 69

personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa”⁵⁹⁵.

El temor a sufrir persecución por motivo de la raza o por motivos de religión no se justifica por la mera pertenencia a un grupo racial o religioso determinado. Como ha destacado el ACNUR, respecto a los grupos raciales, pueden darse situaciones en que, por las circunstancias especiales en que se encuentre el grupo, tal pertenencia sea de por sí causa bastante para temer la persecución. Lo mismo es aplicable a determinadas comunidades religiosas en las que, en determinadas circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser razón suficiente.⁵⁹⁶

Por nacionalidad puede entenderse tanto el origen étnico de la persona como el vínculo legal entre la persona y el Estado en términos de ciudadanía. De acuerdo con GOODWIN-GILL, cuando la Convención de 1951 habla de nacionalidad se está refiriendo principalmente a los supuestos de persecución por motivos étnicos⁵⁹⁷. Resulta conveniente destacar que aquellas personas sin un vínculo legal con un Estado, los denominados apátridas, son sujetos de un régimen jurídico internacional propio establecido por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y por la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961. En cualquier caso, como subraya el ACNUR: “las personas apátridas también pueden ser refugiadas bajo la Convención de 1951, por los mismos motivos que otras personas; asimismo, pueden convertirse en refugiados cuando por ejemplo, su mera falta de ciudadanía les confiere una severa discriminación que constituye persecución”⁵⁹⁸.

El temor fundado a ser perseguido por motivo de las opiniones políticas presupone dos elementos: que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades y que las autoridades tenga noticia de esas opiniones o se las atribuya al solicitante. Sin embargo, el estatuto de refugiado también puede reconocerse en situaciones en las que el solicitante no haya manifestado sus opiniones pero que “por la firmeza de sus convicciones, el solicitante manifestará más tarde o más temprano sus convicciones y en consecuencia

⁵⁹⁵ *Ibidem*. parr. 72

⁵⁹⁶ *Ibidem* parrs. 70 y 73

⁵⁹⁷ GOODWIN-GILL. G.S. *Op.cit*.p.45

⁵⁹⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001. parr. 26

entrará en conflicto con las autoridades”⁵⁹⁹. El ANCUR ha reiterado que es también posible que el solicitante pueda haber ocultado sus opiniones políticas pero que se niegue acogerse a la protección de sus autoridades por el fundado temor a sufrir persecución⁶⁰⁰.

El último de los motivos establecidos por la Convención de 1951 es el de la pertenencia a un determinado grupo social. Sin duda alguna, éste es el motivo que más controversia ha generado dado que la relación causal aparece expresada con menor claridad, dando pie a un amplio abanico de interpretaciones tanto en la doctrina especializada como en diferentes jurisdicciones. En términos generales, una de las posturas generalizadas, defendida por autores como HATAHWAY y por los tribunales de Estados Unidos, Reino Unido y Bélgica, entre otros⁶⁰¹, es concebir la pertenencia a un determinado grupo social sobre la base de aquellas circunstancias que son innatas o históricas y, por tanto, inmutables, o aquéllas que aun pudiéndose modificar no se debe exigir tal cambio por estar estrechamente vinculadas a la identidad de la personas o al ejercicio y disfrute de los derechos humanos fundamentales. Otra postura, la defendida por el ACNUR y por autores como GOODWIN-GILL⁶⁰², centra el foco de atención sobre la percepción que tiene el perseguidor o la sociedad en su conjunto de determinadas personas en función de cierto atributo, actividad, creencias o interés determinado que las identifica como grupo social diferenciado.

El motivo de pertenencia a un determinado grupo social es el principal motivo utilizado para el reconocimiento del estatuto de los refugiados a las personas que huyen de sus países de origen por miedo a sufrir persecución por

⁵⁹⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. parr. 82

⁶⁰⁰ *Ibidem*. parr.83

⁶⁰¹ HATHAWAY, J.C. *Op.cit.* p. 160. Véase también las sentencias de U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta*, 1 de marzo de 1985, 19 I & N Dec. 221, y *In re Kasinga*, 13 de junio de 1996, Sentencia interina 3278, comunicada en (1997) I.J.R.L. Special Issue, 213-234; Supreme Court of Canada, *Attorney General (Canada) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689; Refugee Appeals Board (V.B.C.) (2 ch.) (Bélgica), 8 de abril de 1992, E024; House of Lords, *Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Shah*, 25 de marzo de 1999 [1999] 2 A.C. 629, citadas por el ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. . *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001.parr.27

⁶⁰² GOODWIN-GILL, S.G. *Op.cit.*p.45 et ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. parrs 77-79.

su orientación sexual e identidad de género, tal como se analiza de forma pormenorizada en el capítulo IV del presente estudio.

3.3.b) Análisis de los elementos de exclusión y de cesación del estatuto de refugiado

El art.1 de la Convención de 1951 incluye una serie de criterios por los que se excluye a una persona del reconocimiento de su estatuto de refugiado o por los que se cesa el reconocimiento otorgado. El principio fundamental que se aplica para el análisis de los elementos de exclusión o de cesación es que la interpretación de los mismos debe realizarse de forma restrictiva.⁶⁰³

En relación con los elementos de exclusión los encontramos definidos en los apartados D, E y F del art.1 de la Convención. El primero de ellos excluye de la protección de la Convención a aquellas personas que ya reciben protección o asistencia de una agencia o instancia de las Naciones Unidas que no sea el ACNUR. En la actualidad, la única agencia de las Naciones Unidas que, a parte del ACNUR, tiene un mandato específico de protección o de asistencia es la Agencia de las Naciones Unidas para la Ayuda a los Refugiados Palestinos, establecida mediante la resolución número 302 (IV) de 8 de diciembre de 1949 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, el art. 1.E, por no necesitar la protección internacional establecida en la Convención de 1951, excluye a todas aquellas personas reconocidas por las autoridades competentes del país de residencia, como sujetos de los mismos derechos y obligaciones que los nacionales del país. El ACNUR ha destacado la relevancia de interpretar esta cláusula en el sentido del disfrute efectivo de todos los derechos y obligaciones de los nacionales del país de residencia, siendo fundamental que se respete el derecho de no devolución.⁶⁰⁴

En tercer lugar, el art 1.F de la Convención excluye a aquellas personas respecto a las que existen motivos fundados por los cuales creer que han cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o la humanidad, delitos

⁶⁰³ HATHAWAY, J.C. *Op.cit.* p. 191

⁶⁰⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.* 2001. Parr.40

graves no políticos o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. A diferencia de los dos motivos anteriores de exclusión que operan sobre la base de la innecesidad de la protección internacional, este motivo orbita sobre la indignidad de la persona a recibir tal protección por la gravedad los actos cometidos.

Más allá de la definición de los crímenes de guerra o crímenes contra la paz o la humanidad, tipificados por instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, o de los actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, establecidos en los arts. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, los términos que más debate han suscitado son “los actos graves no políticos” en cuanto integran los intereses de los Estados de evitar la impunidad frente a determinados delitos y de salvaguardar el orden público dentro de la comunidad.

Para una interpretación adecuada de este tipo de actos excluyentes de la protección internacional se destacan principalmente dos criterios: la gravedad y la proporcionalidad. En este sentido, en primer lugar, el término grave debe indicar un acto serio sujeto a castigo de acuerdo con las leyes penales nacionales y por lo establecido por el derecho comparado e internacional. De acuerdo con lo establecido por el ACNUR y por la doctrina especializada, algunos indicadores que podrían señalar la gravedad de un crimen común son:

- “la forma del procedimiento utilizado para enjuiciarlos, es decir, si es un delito que pasa por un proceso para llegar a la acusación o si se trata de manera sumaria;
- la pena prescrita, incluyendo la duración y las condiciones del período de prisión;
- si existe un consenso internacional que lo considera entre los delitos más serios;
- si es extraditable o está sujeto a una jurisdicción universal penal;
- el daño infligido realmente como resultado de la comisión del delito.”⁶⁰⁵

El segundo criterio de interpretación de estos actos es la proporcionalidad. De este modo, el país receptor de la solicitud de protección internacional debe

⁶⁰⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* parr.45

atender a si la pena prescrita por la legislación penal del país de origen es proporcional a la gravedad del delito cometido. De acuerdo con el ACNUR, “si el temor fundado de persecución es tan extremo que pone en peligro la vida o la libertad del solicitante, el delito cometido tiene que ser muy grave para excluir a la persona del estatuto”⁶⁰⁶. El análisis de la proporcionalidad también ha sido considerado como necesario para autores como HATAHWAY o GOODWIN-GILL.⁶⁰⁷

En otro orden de términos, la Convención de 1951 también establece una serie de causas por las que cesa el reconocimiento del estatuto de refugiado. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.C de la Convención la protección en ella establecida cesará cuando la persona refugiada:

- se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad
- habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente;
- ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida;
- por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

Las causas de cesación de la protección internacional responden a que la Convención establece el reconocimiento del estatuto de refugiado sólo para el tiempo en el que éste sea necesario. Es relevante tener en cuenta que, al igual que todas las disposiciones que suponen el término del disfrute de una serie de derechos y beneficios, estas causas deben ser interpretadas de forma restrictiva y aplicadas de forma cuidadosa.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ *Ibidem.* parr.48

⁶⁰⁷ GOODWIN-GILL.S.G. *Op.cit.* p 106 et HATHAWAY. *Op.cit.*p.225

⁶⁰⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.* parr. 116

De todas las causas de cesación, la que más dificultad presenta para su interpretación es la de la desaparición de los motivos de persecución en el país de origen. La doctrina se ha cuestionado la naturaleza y el grado de cambio necesario para poder constituir una causa de cesación de la protección reconocida. El ACNUR se ha pronunciado exigiendo “que los cambios tienen que ser fundamentales, estables, duraderos y relevantes para el temor de persecución por parte del refugiado”.⁶⁰⁹

En cualquier caso, el propio art.1.C, establece una excepción para los supuestos en los que existan *razones imperiosas* en relación con los refugiados reconocidos con anterioridad a la Convención de 1951. Esta excepción revela un principio humanitario por el cual las personas reconocidas como refugiadas no pueden dejar de serlo involuntariamente cuando han cesado las circunstancias originarias de la protección internacional en supuestos de “persecuciones atroces que tienen tantos efectos psicológicos devastadores, que aún después de un cambio fundamental de las circunstancias las personas que las sufren no deben ser obligadas a retornar contra su voluntad”⁶¹⁰. Aunque la Convención se refiere a las víctimas de la II Guerra Mundial, tanto el ACNUR como otras jurisdicciones nacionales han aplicado una interpretación extensiva de esta excepción reconociendo su vigencia en la actualidad.⁶¹¹

⁶⁰⁹ COMITÉ EJECUTIVO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Conclusión No. 69 (XLIII), párrs.a) y c).

⁶¹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001. parr 56

⁶¹¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. parr. 136. *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001. parr.56 sobre jurisprudencia nacional: “C.R.R. (Francia), Bizimungu, 4 de junio de 1997, 300.063; Sokolova, 10 de marzo de 1997, 200.999; V.B.C. (2 ch.) (Bélgica), 3 de octubre de 1994, E84; AAC Suiza, EMARK 1997 No. 14, parr.6 c), dd) y ff); EMARK 1998 No. 16, parr. 4 b) y c)”.

3.4. El contenido del estatuto de refugiado de acuerdo con el Derecho internacional de los refugiados

El reconocimiento de que una persona reúne las condiciones para ser considerado refugiado de acuerdo a la Convención de 1951 implica la adopción de una serie de compromisos por parte del Estado en relación con la protección internacional ofrecida.

De acuerdo con el art.12 de la Convención el estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia. Partiendo de esta premisa, sin embargo, la Convención establece una serie obligaciones para los Estados Parte de la Convención que constituyen el mínimo de la protección internacional, pudiéndose ser ampliada por los instrumentos normativos regionales y por las legislaciones nacionales.

En primer lugar, la Convención establece, como destaca SANTOLAYA MACHETTI, un “*status* especial y privilegiado con relación a los extranjeros de régimen ordinario” que se basa sobre los siguientes elementos:

- Tratamiento idéntico a los nacionales del Estado receptor en libertad de enseñanza, respeto a la propiedad intelectual, acceso a los tribunales, enseñanza primaria, asistencia pública, legislación de trabajo y seguridad social y fiscalidad. (arts. 14, 16, 22, 23 y 24)
- Aplicación del tratamiento más favorable de extranjería del Estado receptor, que en España corresponde con el trato otorgado a los ciudadanos de la Unión Europea, respecto al derecho de asociación y el ejercicio profesional por cuenta ajena. (arts. 15 y 18)
- Prohibición de aplicar un trato menos favorable en adquisición de la propiedad, profesiones no asalariadas o liberales, alojamiento, enseñanza no primaria y libertad de circulación⁶¹². (arts. 13, 19, 22.2 y 26).

En segundo lugar, los arts. 27 y 28 de la Convención establecen las obligaciones de los Estados Parte de expedir documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en su territorio así como los documentos de viajes

⁶¹² SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.*p.26

que permitan trasladarse fuera del territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, a los refugiados que se hallen legalmente en su territorio.

En tercer lugar, los Estados Parte de la Convención adquieren la obligación de no imponer sanciones penales por causa de la entrada o presencia ilegales de los refugiados que, “llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales” (art.31) Del mismo modo, los Estados tienen la obligación de facilitar la naturalización de los refugiados, esforzándose a tal efecto “por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites” (art.34).

En cualquier caso, la obligación principal para los Estados que constituye el núcleo esencial del estatuto del refugiado de acuerdo con la Convención de 1951 es el principio de *non refoulement* o prohibición de la devolución de un refugiado al país en el que tiene temor fundado a sufrir persecución. El art. 33 de la Convención expresa esa obligación fundamental en los siguientes términos: “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

De acuerdo con la doctrina especializada la obligación de no devolución es un principio del derecho internacional consuetudinario que se aplica a todos los refugiados, con independencia de si han sido reconocidos formalmente como tales⁶¹³. En este sentido, la obligación de no devolución se debe aplicar también a los solicitantes de asilo. Conviene recordar que el ACNUR ha reiterado que una persona es refugiada en cuanto reúne las condiciones establecidas en la Convención de 1951, siendo el reconocimiento del estatuto

⁶¹³ CENTRO LAUTERPACHT DE INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS INTERNACIONALES et ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. “Resumen de las Conclusiones- Principio de no-devolución”. *Mesa redonda de expertos en Cambridge*. 9-10 de julio de 2001.p.3

del refugiado un acto de naturaleza declarativa y no constitutiva⁶¹⁴. De acuerdo con LÓPEZ GARRIDO, la decisión de admitir o no admitir a un solicitante es indisociable del principio de *non refoulement*, lo que en la práctica implica que el solicitante de asilo tiene el derecho a que se tramita su solicitud y que el procedimiento de asilo se sustente sobre una serie de garantías que le protejan contra la devolución.⁶¹⁵

Una de las cuestiones que más debate doctrinal ha suscitado es si el principio de *non refoulement* abarca también el rechazo en frontera. El ACNUR y un sector de la doctrina entiende que la obligación de no devolver al refugiado al país donde tiene temor fundado a sufrir persecución se aplica a cualquier medida atribuible al Estado, “que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo de persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera, o devolución indirecta”⁶¹⁶. En contra, la postura doctrinal mayoritaria entiende que de acuerdo con la Convención de 1951 solo se garantiza la no devolución de los refugiados una vez que se hallen en el interior de los Estados signatarios y no si solicitan la protección internacional en la frontera de los mismos.

En este sentido, SANTOLAYA MACHETTI entiende que “no se puede hablar, al menos por el momento, de una obligación internacional de aplicación de la convención de Ginebra y en concreto de *non refoulement* en las fronteras de los países signatarios, sino que esa obligación será exclusivamente consecuencia de la configuración del derecho de asilo en cada uno de ellos”. Sin embargo, de nuevo es necesario matizar que el régimen jurídico internacional establecido por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados se trata de un régimen de mínimos ampliable por los instrumentos jurídicos regionales y por las leyes de asilo de cada Estado. Como se analiza en los capítulos VI y VI, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 se entiende que el

⁶¹⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* Parr. 28

⁶¹⁵ CENTRO LAUTERPACHT DE INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS INTERNACIONALES et ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS.*op.cit.*p.4

⁶¹⁶ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.*p31

principio de *non refoulement* también se aplica a los supuestos de solicitantes de asilo en frontera.

Por último, en relación con el principio de no devolución, cabe destacar que la prohibición impide que el Estado receptor devuelva o envíe al solicitante a un país al que tenga temor fundado de sufrir persecución, lo que no impide el reasentamiento en otro país seguro, siempre y cuando no se produzca el denominada “refoulement indirecto” por el que el refugiado es sujeto de una cadena de devoluciones hasta llegar a un país en el que tenga miedo a sufrir persecución. La definición de un tercer país como seguro ha generado relevantes aportaciones tanto doctrinales como institucionales. El ACNUR ha subrayado que la seguridad de un país no puede valorarse sólo desde un criterio formal, basado en el hecho de si el tercer Estado es parte de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 u otros tratados internacionales de derechos humanos. El análisis de la seguridad del tercer Estado debe ahondar en si éste efectivamente aplica procedimientos y sistemas de asilo apropiados y justos⁶¹⁷. En cualquier caso, la valoración de la seguridad de un tercer país debe ser individualizada en función de las circunstancias particulares del particular y aplicarse de una manera flexible, con independencia de la existencia de *listas de terceros países seguros*.

En consecuencia los Estados Parte de la Convención de 1951 se comprometen a no devolver a un refugiado a un lugar en el que pueda sufrir persecución por los motivos expresados en la misma reconociéndole la entrada y estancia en su país mientras se tramita el procedimiento de asilo o reasentándolo en otro país seguro de acuerdo con los instrumentos internacionales y estándares establecidos por el ACNUR.

⁶¹⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas Globales sobre Protección Internacional. /GC/01/12. 31 de mayo de 2001. parr.12

4. La interrelación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los refugiados

El análisis de la complementariedad entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los refugiados requiere profundizar en tres cuestiones interrelacionadas: en primer lugar, el reconocimiento del derecho humano a la protección internacional en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos; en segundo lugar, la previsión de algunos derechos específicos de las personas refugiadas en la Convención de 1951; y, en tercer lugar, el reconocimiento de los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales en relación con las personas refugiadas.

La interdependencia natural entre el sistema internacional de los derechos humanos y la protección internacional de los refugiados ha sido reiterada por varios documentos del ACNUR, entre ellos en Conclusiones del Comité Ejecutivo, y a nivel europeo tanto por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos el Comité Ad Hoc de Expertos en Aspectos Legales del Asilo Territorial, Refugiados y Personas Apátridas (CAHAR), el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como por el sistema normativo de asilo de la Unión Europea desde la Cumbre de Tampere de octubre de 1999⁶¹⁸.

Partiendo, en primer lugar, del reconocimiento del derecho de asilo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consagra el derecho de asilo estableciendo que: “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

Siguiendo a VERDOODT, el impulso para incluir el derecho de asilo en la Declaración Universal procede principalmente de los países de Latinoamérica, de la Unión Soviética, que propuso extender el alcance del derecho de asilo a

⁶¹⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. 2001. parr.6.

otras causas, y de Australia, que defendió la idea de consagrar el asilo como un derecho humano y no únicamente como una prerrogativa del Estado⁶¹⁹. El origen del párrafo segundo del art.14, reiterado en múltiples constituciones occidentales, se encuentra en la insistencia de la Unión Soviética durante el proceso de elaboración del texto en la relevancia de excluir la posibilidad de que los nazis pudieran beneficiarse del derecho de asilo. Como destaca MANLY, la iniciativa soviética encuentra respaldo en un cierto consenso de la importancia de excluir del asilo a ciertas categorías de personas⁶²⁰ y, a pesar de no aprobarse su propuesta de párrafo segundo, que establecía que “concretamente, el derecho de asilo no se concederá a los fascistas o nazis perseguidos por sus actividades”, en el art.14 se establece un segundo párrafo que establece que el derecho de asilo “no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

El debate principal sobre el art.14 que tiene lugar en el Comité de Redacción orbita en torno a la tensión existente sobre la concepción de la naturaleza jurídica del asilo: bien como un derecho humano más, bien como una prerrogativa del Estado. La primera postura, que propone incluir a la formulación “buscar asilo” los términos de “y recibir asilo”, es defendida por la Organización Internacional de Refugiados, la Unión Internacional de Organizaciones Católicas y el Congreso Mundial Judío, argumentando que la expresión “buscar asilo” no consagra de modo suficiente “el derecho de un hombre perseguido”. Según KJAERUM, esta postura obtuvo el apoyo de la Unión Soviética, cuyo delegado declaró que “el derecho de buscar asilo carece de contenido sin el derecho a que se le conceda”.⁶²¹ En contra de esta postura se manifiestan Gran Bretaña y los Países Bajos, que defienden el control de la

⁶¹⁹ VERDOODT, A. “Genèse et expansion de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme: Rôle de René Cassin», en *Recueil des Cours: Textes et Sommaires*, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, 1998.p.148.

⁶²⁰ MANLY, M. “La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Coord. FRANCO, L. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. 2004. p.134

⁶²¹ KJAERUM, Morten, “Article 14”. GUDMUNDUR, A. et ASBUJRN, A *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, 1999, p. 282. Citado por MANLY, M. *op.cit.* p.135

inmigración como un derecho de los Estados, y China, que entiende esta formulación como una carga demasiado gravosa para los Estados proponiendo los términos de “buscar y la posibilidad de obtener asilo”.⁶²²

A pesar de que el proyecto del art.14 incluía los términos “el derecho de buscar y recibir” asilo, al ser sometido por la Comisión de Derechos Humanos a la Tercera Comisión de la Asamblea General, en ésta Arabia Saudita presenta la enmienda para la eliminación de las palabras “y recibir”.⁶²³ La firme oposición del Reino Unido motivó la aceptación de la enmienda de Arabia Saudita. Una vez eliminada la expresión “y recibir” asilo, el Reino Unido propuso incluir el término “disfrutar” asilo, enmienda que fue finalmente aprobada por 30 votos a favor, uno en contra y 12 abstenciones.⁶²⁴

A pesar que el citado art.14 consagre el asilo como un derecho humano, lo hace limitando en gran medida su alcance. Siguiendo a MANLY, algunos autores *iusinternacionalistas* se mostraron críticos frente a la formulación del derecho de asilo recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De este modo, LAUTERPACHT opinaba que el lenguaje empleado en la misma demuestra que los Estados no tenían “ni siquiera la intención de aceptar ser sujetos de una obligación moral en relación con el asilo”⁶²⁵. Por su parte, MORGANSTERN sostuvo que, desde el punto de vista del individuo, se consiguió “hacer del derecho de asilo algo vano”⁶²⁶.

Por su parte, el derecho de asilo no queda reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. A la luz de los trabajos preparatorios de este Pacto, se percibe como algunos Estados entendieron el control de los flujos migratorios como una prerrogativa derivada de la soberanía del Estado y, por tanto, se opusieron a la positivización de una disposición internacional

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ MORSINK, J. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press.1999, p.76. Citado por MANLY, M. *op.cit*.p.135

⁶²⁴ Como destaca MANLY, de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Declaración Universal, la mayoría de los Estados apoyó la propuesta del Reino Unido al considerarla “realista” y, a la vez, un progreso respecto al concepto, entonces en vigor, según el cual la concesión de asilo era una potestad exclusiva del Estado, derivada de la soberanía nacional, y no un derecho humano. MANLY, M. *op.cit*.p.135

⁶²⁵ LAUTERPACHT, H. *International Law*, 1951. p.421. Citado por MANLY, M. *op.cit*.p.135

⁶²⁶ MORGANSTERN, F. *The Right of Asylum*, en *British Yearbook of International Law*, vol XXVI, 1949, p. 336. Citado por MANLY, M. *op.cit*.p.135

sobre el derecho de asilo⁶²⁷. Aunque este argumento ya aparece en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el carácter vinculante del Pacto supuso una más firme y mayoritaria oposición dentro de la comunidad internacional.

En segundo lugar, desde una interpretación teleológica de la Convención de 1951, sobre la base del art.31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que la interpretación de los tratados se realizará “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, puede deducirse que entre los objetos de la Convención de 1951 se encuentra la protección de los derechos específicos de los refugiados.

En el Preámbulo de la Convención de 1951 se establece la relevancia del sistema de derechos humanos para la protección internacional de los refugiados. En el primer párrafo se alude a la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmando el principio de no discriminación por el que los seres humanos, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales. El segundo párrafo del Preámbulo expresa el profundo interés de las Naciones Unidas por los refugiados y el esfuerzo realizado por asegurar el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales. El ACNUR ha recordado que “estos preceptos indican el propósito de los redactores de incorporar los valores de derechos humanos en la identificación y el tratamiento de los refugiados, guiando así de manera útil, la interpretación de las disposiciones contenidas en la Convención de 1951, en armonía con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁶²⁸.

Por otra parte, los derechos específicos que establece la Convención de 1951 para aquellas personas a las que se les reconoce el estatuto de refugiado también atestiguan esta interrelación. De hecho, los refugiados tienen derecho a la protección internacional precisamente porque sus derechos humanos se ven amenazados⁶²⁹. En este sentido, destaca la obligación fundamental de *non refoulement* dispuesta en el art.33 de la Convención por la que los Estados

⁶²⁷ BOSSUYT, M. *Guide to the “Travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, p.270

⁶²⁸ *Ibidem*, parr.4

⁶²⁹ *Ibidem*, parr.5

Parte no pueden devolver a los refugiados a aquellos países en donde tengan miedo fundado a violaciones de los derechos humanos fundamentales, dentro de los parámetros analizados en el epígrafe anterior. Además, la Convención de 1951 prevé un amplio número de derechos sociales y económicos: como el derecho a la propiedad, a la vivienda, a la educación, al trabajo, al racionamiento, a la asistencia médica y a la seguridad social. La doctrina especializada también incluye el derecho a la libertad de circulación en esta categoría de derechos socio-económicos por el impacto de las restricciones en el acceso a la vivienda o a los servicios de asistencia sanitaria.

En tercer lugar, fuera de la Convención de 1951 también encontramos referencias determinadas a derechos humanos de los refugiados reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos. Los refugiados no solo son titulares de los derechos establecidos por la Convención de 1951, como seres humanos deben poder disfrutar de todos los derechos humanos. En este sentido, también son titulares de los derechos humanos establecidos por el sistema de tratados internacionales de derechos humanos a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece en su art. 2 que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos

reconocidos en el presente Pacto”⁶³⁰. Por su parte, los arts.12 y 13 del Pacto consagran el derecho a la libertad de circulación y la prohibición de la expulsión forzada⁶³¹.

Además, el principio de no discriminación establecido en el art.2 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales es fundamental para el reconocimiento de estos derechos a las personas refugiadas. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos socio-económicos son aplicables a todas las personas en cualquier lugar del mundo⁶³². El ACNUR ha elaborado, a través de diversas conclusiones sobre la protección internacional el contenido de derechos los derechos sociales y económicos de las personas refugiadas y de los solicitantes de asilo, destacando las necesidades especiales de determinados colectivos como las mujeres, los niños, las personas con VIH/SIDA y las personas con discapacidad.

Además, en la actualidad, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, se entiende que los actos de vulneración grave de los derechos sociales y económicos básicos como el acceso a la asistencia sanitaria, al empleo o a la vivienda pueden ser considerados actos de persecución para la concesión de la protección internacional establecida en la Convención de 1951. No toda vulneración de los derechos socio-económicos constituye persecución, pero existen situaciones en el que el daño alcanza los niveles de reiteración y de gravedad suficientes para reconocer la protección internacional. Además, el ACNUR ha reconocido que la obligación de *non refoulement* es aplicable también en las situaciones en las que existen serias violaciones derechos socio-económicos en el país de origen⁶³³.

⁶³⁰PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. Art.2.

⁶³¹ Ciertamente, la base habilitante brindada por el Pacto se ha visto desarrollada a través de la práctica del Comité de Derechos Humanos, incluso en un ámbito directamente conectado con el derecho de asilo como es la protección minoritaria, como ha expuesto SINOU, D. « L'élargissement de la protection minoritaire à travers la pratique du Comité des droits de l'homme de l'ONU », *L'Observateur des Nations Unies*, (3) 1997, pp. 21-43.

⁶³² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N°20: La no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales. 2009. E/C.12/GC/20, parr. 30.

⁶³³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Joint UNHCR / Council of Europe Colloquium on the Role of Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons.p.106

Conviene recordar que el primer instrumento internacional que mencionó la dignidad asociada a los derechos humanos lo hizo justamente vinculándola con los derechos sociales con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo⁶³⁴. La constitución de actos de persecución por las violaciones de derechos sociales se aborda de nuevo en el capítulo VII del presente estudio tanto en el análisis de la jurisprudencia del Comité Económico de Derechos Sociales.⁶³⁵

Por su parte, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes reitera en el art.3 el principio de *non refoulement* en los siguientes términos: “ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”⁶³⁶. De acuerdo con el segundo párrafo de este artículo para determinar si existen esas razones las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, “inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”⁶³⁷. El Comité contra la Tortura, órgano especializado en la vigilancia de la aplicación de este tratado, ha establecido una serie de principios en relación con aquellos demandantes de asilo cuya solicitud ha sido rechazada, ofreciendo criterios relevantes para la protección de los refugiados y su derecho a no regresar a un lugar donde temen sufrir persecución⁶³⁸.

⁶³⁴ En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: «a) *todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*».

⁶³⁵ Las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales en las reclamaciones N°14 FIDH c. Francia, sobre el derecho a la asistencia sanitaria, y N°47 DCI c. Países Bajos, sobre el derecho a la vivienda, dejan clara la vinculación entre la protección de los derechos sociales y la protección de la dignidad y de la vida. Véase al respecto la intervención de JIMENA, L. en Joint UNHCR / Council of Europe Colloquium on the Role of Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons. pp.109-120

⁶³⁶ CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Art.3.1

⁶³⁷ *Ibidem*. Art.3.2

⁶³⁸ Véase las Observaciones Finales del Comité contra la Tortura sobre España en 2009 en las que expresa su preocupación “por el posible uso en la nueva Ley, como base para rechazar las demandas de asilo, de la cláusula de excepción a la prohibición de devolución contenida en el

En relación con los derechos de las mujeres refugiadas, a pesar de que la Convención sobre la eliminación de todas las formas contra la mujer de 1979 no alude de forma expresa a este grupo específico de mujeres, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la vulnerabilidad de las mujeres refugiadas y sobre la obligación de los Estados Partes de velar por ellas.⁶³⁹

Por último, y antes de entrar en el estudio del derecho a la protección internacional de aquellas personas perseguidas por su orientación sexual o por su identidad de género desde la perspectiva del Derecho internacional público, conviene subrayar que la Convención de los Derechos del Niño de 1989 también establece una disposición específica para los menores refugiados. De acuerdo con el art. 22, “los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”⁶⁴⁰. Para estos efectos, la Convención sobre los Derechos del Niño requiere a los Estados Partes, a las agencias de las Naciones Unidas y a las demás organizaciones intergubernamentales que cooperen para proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de la familia⁶⁴¹.

artículo 33 (2) de la Convención de Refugiados de 1951”. En particular el Comité contra la Tortura entiende que conforme a la Ley de Asilo española, las evaluaciones de rechazo pueden ocurrir en la fase del procedimiento acelerado, incluso en la misma frontera, sin que una valoración sustancial de cada demanda y cada posible elemento de inclusión haya podido llevarse a cabo (artículo 3). Por ello, requiere a España que revise la aplicación de las cláusulas de exclusión en la nueva Ley, para asegurar que en ningún caso se pueda contravenir al principio de no devolución contenido en el artículo 3 de la Convención. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observaciones Finales sobre España. CAT/C/ESP/CO/5. 19 de noviembre de 2009.p.15

⁶³⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General. N° 24. 20° Período de Sesiones, 1999. P.16

⁶⁴⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Art.22..1

⁶⁴¹ *Ibidem*. Art.22.2

CAPÍTULO IV. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. La naturaleza jurídica del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

Antes de presentar el análisis sustantivo y procedimental del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, conviene establecer previamente los elementos configuradores de la naturaleza jurídica de este derecho desde el enfoque de género, desde el enfoque basado en los derechos humanos y como un mecanismo integrante del marco global de políticas y acciones de promoción y protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.

En primer lugar, la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género debe entenderse como una protección internacional que se reconoce frente a la persecución por motivos de género. En este sentido, aunque en el presente trabajo se realice un análisis de la normativa, de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, conviene recordar que las causas de persecución, la homofobia, la bifobia y la transfobia, son conductas derivadas de una configuración patriarcal y heteronormativa del género.

Del mismo modo que, desde una perspectiva más global e integradora, la promoción de los derechos de las personas LGBTI encuentra paulatinamente un reconocimiento doctrinal más amplio en el ámbito de los derechos de la sexualidad, constituyendo un marco jurídico que se extiende desde los derechos de la mujer, de las personas LGBTI, de los menores, hasta aquellos vinculados con la salud reproductiva y aquellos referentes a la lucha por la prevención y contra la discriminación por el VIH/SIDA, cuando se aborda el derecho de asilo de las personas LGBTI no puede olvidarse que se trata de proteger a personas perseguidas por motivos de género, entendido éste como una construcción social compleja e influenciada por valores culturales,

religiosos, sociales y políticos que determinan qué funciones se esperan que desarrollen la mujer y del hombre, la relación entre estos roles sociales y el estatus social derivado de los mismos.

El género se configura principalmente a partir de dos elementos; por una parte por su naturaleza derivada de construcción social y, por otra, por las relaciones jerárquicas o de poder que sobre él se sustentan. Siguiendo a CRAWLEY:" el género no es estático o innato, sino que adquiere un significado construido socialmente y culturalmente porque es una forma primaria de sustentar las relaciones de poder"⁶⁴². En este sentido, la persecución por motivos de género parte de un entramado jerárquico que coacciona la libertad y la autonomía individual de la persona, para incluir toda una serie de violaciones de derechos humanos en relación con el papel que se le asigna a una persona por su identidad de género (mujer, hombre, trans, u otras) o por sus preferencias sexuales.

El derecho de asilo por motivos de género ofrece protección internacional a las mujeres y a las personas cuya identidad o sexualidad no son normativizadas, al no ajustarse a los parámetros tradicionales y heteronormativos del patriarcado, y, en consecuencia, sufren discriminación y persecución, "especialmente a través del control de su sexualidad, de su capacidad reproductiva y de su cuerpo"⁶⁴³.

De este modo, de acuerdo con un reciente estudio publicado por la Comisión de Ayuda al Refugiado de Euskadi⁶⁴⁴, dentro de la persecución por motivos de género, además de la persecución por la orientación sexual y/o la identidad sexual de la persona, encontramos:

- El feminicidio, definido como el conjunto de actos violentos dirigidos específicamente a la eliminación de las mujeres por su condición de mujeres y de aquellas personas que tengan características identificadas como femeninas.

⁶⁴² CRAWLEY, H. *Refugees and Gender*, 2001.pp. 6–7. Véase también Refugee Women's Legal Group (RWLG), 'Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK', July 1998, parr. 1.8–1.1.

⁶⁴³ COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI. Vivir sin miedo. La protección del asilo frente a la persecución por motivos de género. 2013. p.17

⁶⁴⁴ *Ibíd.*

- La mutilación genital femenina entendida como “la extirpación completa o parcial de los órganos genitales femeninos con una finalidad no terapéutica que se lleva a cabo por razones culturales o sociales”⁶⁴⁵.
- El matrimonio forzado y la violencia intrafamiliar de género. De acuerdo con el ACNUR, el matrimonio forzado se lleva a cabo en el sur de Asia, Oriente Medio y África⁶⁴⁶. Los matrimonios forzados pueden contribuir a insertar a las personas, especialmente a las chicas, en un ciclo de pobreza y desprotección. Además, la mayoría de estas mujeres están expuestas a la violencia, al abuso, y a las relaciones sexuales forzosas.⁶⁴⁷
- La trata con fines de explotación sexual. Conviene destacar, como denuncia el citado estudio de CEAR-Euskadi, que la trata se ha convertido en la principal causa alegada en las solicitudes de asilo por motivos de género en España. De hecho, la Red Española contra la Trata de Personas estima que ente 40.000 y 50.000 mujeres son explotadas sexualmente en el Estado.⁶⁴⁸

En segundo lugar, la configuración de la naturaleza jurídica del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, inclusiva del reconocimiento del estatuto de refugiado, de la protección subsidiaria y de la protección por razones humanitarias, debe partir de su reconocimiento como un derecho humano consagrado por el Derecho internacional público. No se trata de una prerrogativa del Estado para ofrecer protección según sus propios intereses, valores o creencias, sino de un derecho humano establecido a nivel internacional que vincula a los Estados miembros de la comunidad internacional en cuanto signatarios de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales elaborados y ratificados al efecto. En esta misma línea, desde el enfoque de derechos humanos, tampoco se trata de un acto de caridad ofrecido a unas personas perseguidas sobre la base de unos mandatos ético-jurídicos, sino del reconocimiento del ejercicio de un derecho cuya titularidad pertenece al individuo como sujeto del Derecho

⁶⁴⁵ *Ibíd*em, p.28

⁶⁴⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Matrimonio forzado. Disponible en: <http://acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mujeres/matrimonio-forzoso>

⁶⁴⁷ *Ibíd*em.

⁶⁴⁸ COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI. *Op.cit.*p.50

internacional de los derechos humanos y que ha sido establecida por instrumentos internacionales de los que los Estados parte se han comprometido a *responsabilizarse* en garantizar el ejercicio de este derecho humano.

A pesar de que, como se observa en el capítulo VIII del presente estudio, la doctrina constitucionalista mantiene abierto el debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho de asilo, a mi juicio, la configuración tradicional del derecho de asilo como un derecho del Estado a *conceder* dicha protección internacional en el ejercicio de su soberanía territorial ya ha sido superada por el propio desarrollo jurídico del Derecho internacional público y, en especial, del Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el derecho a la protección internacional se concibe como un derecho humano, subjetivo, personalísimo y fundamental cuyo reconocimiento queda vinculado al reconocimiento de otros derechos humanos como el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad⁶⁴⁹.

De este modo, frente a las teorías de autores *iusinternacionalistas* como DÍEZ DE VELASCO que conciben el derecho de asilo como “la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro, por actos, amenazas o persecuciones de las autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades”⁶⁵⁰, desde una óptica actualizada y acorde con el Derecho internacional de los derechos humanos debe invertirse el discurso lógico-jurídico posicionando al individuo como titular del derecho y al Estado como garante en el reconocimiento de la legitimidad necesaria para el ejercicio del derecho en función de cumplimiento de una serie de condiciones. Autores como CUERDA RIEZU o COBOS GÓMEZ DE LINARES defienden esta nueva configuración entendiendo, además, que se trata de un derecho internacional y no de índole nacional, “pues no puede tener límites físicos en su ámbito, sino los inherentes a su fin”.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ CUERDA RIEZU, A. et COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. “Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. N°55, invierno 1979, p. 126

⁶⁵⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. *Organismos de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.522

⁶⁵¹ CUERDA RIEZU, A. et COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. *Op.cit.*p.126

Por tanto, el derecho a la protección internacional por tener un fundado temor a sufrir persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género debe configurarse como un derecho humano reconocido por el Derecho internacional de los derechos humanos. En esta misma línea, el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y el art. 2 dispone que "toda persona tiene los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración", entre ellos, el derecho de asilo consagrado en el art.14 de la Declaración.

De acuerdo con el análisis presentado en el capítulo II del presente estudio, aunque los principales Tratados internacionales de derechos humanos, a diferencia de otros instrumentos jurídicos regionales, no reconocen aun explícitamente el derecho a la igualdad sobre la base de la orientación sexual y/o identidad de género, la discriminación por estos motivos ha sido considerada prohibida por los Comités de Derechos Humanos encargados de vigilar la correcta aplicación de estos Tratados, así como por instrumentos regionales de derechos humanos.⁶⁵² Además, el principio de no discriminación es uno de los aspectos fundamentales de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, de acuerdo con su preámbulo, que inspira a todo el Derecho internacional de los refugiados. El ACNUR ha subrayado, en este sentido, que la definición de refugiado debe interpretarse y aplicarse con la debida atención a los derechos fundamentales, "incluyendo la prohibición de no discriminación relacionada con la orientación sexual e identidad de género"⁶⁵³.

Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, adoptados en 2007 por un grupo de expertos en derechos humanos, establecen en el Principio 23 el derecho a solicitar y

⁶⁵² Véase en el Capítulo II la histórica resolución del Comité de Derechos Humanos en 1994, del caso Toonen contra Australia por el que señala que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966) prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual. CCPR/C/50/D/488/1992 4 de abril de 1994,

⁶⁵³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. Parr.6

obtener asilo contra la persecución relacionada con la orientación y/o identidad de género en los siguientes términos: “en caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. 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”⁶⁵⁴.

Conviene reiterar en este punto que los Principios de Yogyakarta, a pesar de carecer de fuerza jurídica vinculante, han tenido un amplio impacto tanto a nivel doctrinal como institucional. De acuerdo con BROWN, los Principios de Yogyakarta han contribuido al desarrollo del Derecho Internacional no vinculante y a la aprobación de normas y políticas en diferentes países en materia de orientación sexual e identidad de género.⁶⁵⁵ En especial, el ACNUR ha citado estos principios como prueba para la aplicabilidad del Derecho Internacional de los derechos humanos a las cuestiones vinculadas sobre la orientación sexual y la identidad de género y recomienda su consideración como una referencia a seguir en la toma de decisiones por parte de los tribunales nacionales⁶⁵⁶.

Por último, la protección internacional de las personas que sufren persecución por su orientación sexual y/o por su identidad de género, configurada como un derecho humano internacionalmente reconocido, debe entenderse como un mecanismo más dentro del conjunto de políticas y acciones de promoción y protección de todos los derechos humanos de las personas LGBTI. El reconocimiento del ejercicio del derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género no puede concebirse

⁶⁵⁴ CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, marzo de 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

⁶⁵⁵ BROWN, D. “Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta Principles”. *Michigan Journal of International Law*. Vol, 31. p.828

⁶⁵⁶ ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. 21 de noviembre de 2008, Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html>.p.6

como la solución última o como un instrumento aislado frente a la lucha contra la homofobia y la transfobia existentes en todas las regiones del mundo, sino como un derecho humano integrado de forma coherente en un marco de justicia más amplio cuyo principal objetivo es la aplicación efectiva, universal y no discriminatoria del Derecho internacional de los derechos humanos.

A estos efectos, la comunidad internacional debe perseguir la cristalización jurídica de instrumentos vinculantes internacionales de los derechos humanos de las personas LGBTI, la despenalización de las legislaciones punitivas de los actos sexuales consentidos mantenidos entre personas del mismo sexo, la adopción de leyes antidiscriminatorias que persigan la erradicación de la homofobia, la bifobia y la transfobia en los diferentes ámbitos de la sociedad, así como el empoderamiento a nivel local de los grupos activistas y defensores de derechos humanos en los países donde se persigue la diversidad sexual y de género.

En este sentido, la educación y el diálogo se presentan como las armas más efectivas en la lucha contra las persecuciones existentes por motivos de orientación sexual e identidad de género. Como ha subrayado la Alta Comisionada de los Derechos Humanos, Navi Pillay, “el primer paso para superar las divergencias entre Estados es el diálogo”⁶⁵⁷. Pero el diálogo tiene que superar las deficiencias de información y de institucionalización que presentan las cuestiones de orientación sexual y de identidad de género. Conviene recordar que de los miles de informes que se han presentado a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos a lo largo de los años solo uno ha abordado el tema de la violencia y discriminación homofóbicas, el Informe de 2011 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Para que en la comunidad internacional se institucionalice de forma sólida el diálogo sobre esta cuestión, las violaciones por motivos de orientación sexual y/o identidad de género deben ser sistemáticamente monitorizadas, documentadas y registradas. Siguiendo a la Alta Comisionada, “esta es la forma para convencer a los Estados para que se comprometan a la acción a

⁶⁵⁷ PILLAY, N. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Video Message. Oslo Conference on Human Rights. Sexual Orientation and Gender Identity. Oslo, 15-16 April 2013.

nivel nacional. Requerirá tiempo, pero, en última instancia, frente al peso de la evidencia, el rechazo no podrá ser una opción”⁶⁵⁸.

La política exterior de la Unión Europea ha incorporado esta misma línea de promoción y de protección de los derechos humanos de las personas LGBTI, a través de las *Directrices* cuyo estudio se presenta en el capítulo siguiente, que persiguen la promoción proactiva de los derechos humanos de las personas LGBTI, la lucha contra la discriminación estructural a la que se enfrentan y la respuesta a las violaciones de sus derechos humanos desde una enfoque estratégico⁶⁵⁹.

La integración del derecho de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género como parte de la política global de promoción y protección internacional de los derechos humanos refuerza o, al contrario, pone en evidencia la coherencia que mantienen los Estados sobre el conjunto de acciones relativas a los derechos humanos de las personas LGBTI. En este sentido, debe subrayarse que mientras nuestra legislación nacional de asilo, ley 12/2009, incluye la orientación sexual y la identidad de género como motivos de protección, el actual Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación excluyó de sus acciones prioritarias de la política exterior española de derechos humanos la discriminación por razón de orientación sexual⁶⁶⁰, una contradicción que resta impacto y coherencia a la efectiva promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI.

⁶⁵⁸ *Ibidem*

⁶⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) people*. Reunión del Consejo de Asuntos Exteriores. Luxemburgo. 24 de junio de 2013. P. A.1.

⁶⁶⁰ Tras varias denuncias de colectivos y asociaciones, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación rectificó y volvió a incluir la lucha contra la discriminación homofóbica en su página web el 11 de abril de 2014.

2. La evolución del reconocimiento del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

El reconocimiento del derecho a la protección internacional frente al temor fundado a sufrir persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género nace de la jurisprudencia de algunos Estados a partir de la década de los 80 como resultado de la paulatina concienciación global y del consecuente reconocimiento del disfrute de todos los derechos humanos sin discriminación por la orientación sexual o la identidad de género de la persona en diferentes países y regiones de la comunidad internacional. El primer caso recurrido ante los tribunales sobre protección internacional por tales razones fue resuelto en los Países Bajo el 13 de agosto de 1981.⁶⁶¹

En 1996, el ACNUR aborda por primera vez el derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el simposio sobre la persecución por razones de género fue, publicado en un número especial del *International Journal of Refugee Law* en 1997⁶⁶². Una década después, en 2008, como respuesta a las divergencias existentes entre los Estados respecto a la aplicación de la protección internacional establecida en la Convención de 1951 por estos motivos y a la necesidad de ofrecer unos criterios uniformes de interpretación, el ACNUR publica la “Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género”.

Por primera vez, el ACNUR presenta un análisis de los principios jurídicos internacionales, de la jurisprudencia y otros materiales pertinentes para “aclarar la legislación y las normas jurídicas aplicables con el fin de orientar en el área temática en cuestión”⁶⁶³. Como se establece en su introducción, la Nota de orientación cuando se relaciona con la determinación del estatuto de refugiado

⁶⁶¹ PAÍSES BAJOS. Judgement of Aug 13 1981 Afelding.Rechtspraak (Judicial Commission of the Council of State) No A-2.1113 Rechtspraak Vluchtelingenrecht No 5 1981.

⁶⁶² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. “UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution”. *International Journal of Refugee Law*, Special Issue Autumn 1997: (22-23 February 1996).

⁶⁶³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género. 21 de noviembre de 2008. Introducción.

complementa a las Directrices sobre Protección Internacional y deben leerse conjuntamente.

En octubre de 2012, el ACNUR dedica a las Directrices sobre Protección Internacional nº9 el análisis de las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, poniendo de manifiesto la relevancia que para este organismo tienen este colectivo de refugiados y la necesidad de armonizar las prácticas y los criterios interpretativos sobre la materia. Estas Directrices sustituyen la Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género de 2008 y, de acuerdo con su introducción, tienen como objeto “brindar orientación interpretativa legal para los gobiernos, los abogados, las personas encargadas de la toma de decisiones y la judicatura, así como para el personal del ACNUR que lleva a cargo la determinación de la condición de refugiado bajo mandato”⁶⁶⁴.

En cualquier caso, las Directrices sobre Protección Internacional nº9 deben aplicarse en relación con lo dispuesto en las diferentes publicaciones del ACNUR que complementan el marco interpretativo de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género:

- El Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951, que ha sido reeditado en Ginebra en 2011.
- Las Directrices del ACNUR sobre protección internacional No. 1 sobre la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, publicadas en mayo de 2002.
- Las Directrices del ACNUR sobre protección internacional No. 2 sobre la pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los

⁶⁶⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. Introducción.

Refugiados y/o su Protocolo de 1967, también publicadas en mayo de 2002.

- Las Directrices del ACNUR sobre Protección Internacional No. 6 sobre las solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, publicadas en abril de 2004.

No es posible aportar un número estadístico de las personas que pueden temer sufrir persecución por motivos de su orientación sexual y/o identidad de género. En 1996, se estima que alcanzaban a 700 el número de solicitudes globales, resueltas o pendientes de resolución, sobre orientación sexual o identidad de género⁶⁶⁵, dato que desde entonces se multiplicaría exponencialmente hasta la actualidad. La ONG ORAM ha realizado una serie de proyecciones estimatorias en función de la población y de la región de procedencia. Según un estudio publicado por esta ONG, alcanzarían el número de 175,000 las personas que sufren o temen sufrir persecución o violencia por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. De este dato, solo 17,500, el 10%, conseguiría escapar de su país de origen, y solo el 10% de esta décima parte solicitaría asilo por estos motivos. Es decir, aproximadamente serían unas 7,500 personas las que solicitarían asilo anualmente a nivel global por sufrir persecución por su orientación sexual y/o su identidad de género, de los cuales sólo 2,500 personas obtendrían el reconocimiento del derecho a la protección internacional.⁶⁶⁶ En cualquier caso se trata de datos de escaso rigor científico dado que uno de los principales desafíos en el estudio y análisis del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género es la falta de registro de datos estadísticos y de documentación de información relevante.

Esta falta de registro y de documentación obedece, por una parte, a la ausencia de voluntad política de los Estados receptores de solicitantes y personas refugiadas LGBTI, y por otra, al hecho de que muchos de los solicitantes y de las personas refugiadas LGBTI, por el miedo a sufrir

⁶⁶⁵ INTERNATIONAL GAY AND LESBIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. A Resource Guide. 1996. Citado en ELENA. *Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status*. p.23

⁶⁶⁶ ORAM. *Opening doors. A global survey of NGO attitudes towards refugees and asylum seekers*. 2012. p.7

discriminación, prefieren solicitar asilo por otras causas. En este sentido, el ACNUR ha reconocido que los solicitantes y personas refugiadas LGBTI mantienen “un perfil bajo para no atraer discriminación y violencia de otros refugiados, de la comunidad local o de las autoridades del Estado receptor”. Además, como ha destacado la ONG HIAS, un número elevado de solicitantes de asilo puede no ser consciente de que la persecución sufrida por motivo de su orientación sexual y/o identidad de género constituya un motivo legítimo para solicitar protección internacional⁶⁶⁷.

La falta de datos afecta, además, a la información existente sobre la situación de las personas LGBTI en los países de origen. Dado que para solicitar asilo las personas LGBTI necesitan probar que pertenecen a un grupo social determinado y, en consecuencia, que sufren una persecución individualizada por su orientación sexual e identidad de género de acuerdo con las circunstancias imperantes en el país de origen, el análisis de estas circunstancias debe ser lo más informado y estructurado posible. Para ello, es esencial que se registren y documenten el trato que reciben las personas LGBTI por parte de las autoridades nacionales, la aplicación efectiva de las leyes punitivas de los actos sexuales consentidos mantenidos entre personas del mismo sexo y el impacto de las mismas en la sociedad aunque no se apliquen de forma efectiva, así como el grado de violencia perpetrada por motivos de orientación sexual e identidad de género.

3. Los elementos definitorios de la orientación sexual y de la identidad de género a efectos del derecho a la protección internacional

Las Directrices del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género definen estos conceptos utilizando la terminología establecida en los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, la orientación sexual queda definida

⁶⁶⁷ TÜRK, V. Keynote at “Invisible in the City: Urban Protection Gaps Facing Sexual Minorities Fleeing Persecution”. *HIAS LGBTI Symposium*. Septiembre 2012 p.10

como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas"⁶⁶⁸. Por su parte, los Principios de Yogyakarta entienden la identidad de género como: "la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"⁶⁶⁹.

Tanto la orientación sexual como la identidad de género se configuran como conceptos amplios y mutables en el tiempo. Conviene recordar que, de acuerdo con la American Psychological Association, no existe consenso entre los científicos sobre las causas por las que un individuo desarrolla una orientación sexual determinada, pudiendo verse influenciada por factores genéticos, hormonales, de desarrollo, sociales o culturales y pudiendo variar, del mismo modo que la identidad y la expresión de género, con la edad y con otros factores sociales y culturales.⁶⁷⁰ En este sentido, el ACNUR ha subrayado que: "las investigaciones realizadas durante varias décadas han demostrado que la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. La identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunos individuos no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos"⁶⁷¹.

Por otra parte, la configuración terminológica que sobre la orientación sexual y la identidad de género realiza tanto el ACNUR como la doctrina especializada parte de la premisa de que las solicitudes de asilo emanan de miembros de

⁶⁶⁸ CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS. Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. *Op.cit.*.Preámbulo.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. *Orientación sexual y homosexualidad*. Disponible en: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>.

⁶⁷¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. Parr.9

subgrupos específicos, es decir, de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, reconociendo, de este modo, la diversidad de las experiencias ocultas bajo las siglas LGBTI⁶⁷². En cualquier caso, como se estudia en el siguiente epígrafe, esta diferenciación analítica, necesaria en términos de la comprensión de la diversidad sexual y de género, no debe ser aplicada de forma rigurosa sobre los procesos individuales de género y de sexualidad vividos por los solicitantes.

En primer lugar, las personas lesbianas son definidas como “mujeres que son atraídas física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otras mujeres”⁶⁷³. Las mujeres lesbianas suelen ser víctimas de múltiples formas de discriminación por su género, su orientación sexual y por su condición social y/o económica. Algunos autores, como LIDSTONE y JORDAN, han destacado las divergencias existentes entre las experiencias vividas por las solicitantes mujeres y aquellas vividas por los solicitantes hombres aludiendo a las barreras económicas, sociales, culturales y legales que dificulta a las mujeres el acceso a los procesos migratorios o de asilo.⁶⁷⁴

En este sentido, resulta relevante subrayar que mientras la mayoría de solicitantes de asilo en el mundo son mujeres, existe una significativa ausencia solicitudes y de reconocimiento del estatuto de refugiado a mujeres por motivos de su orientación sexual, siendo la mayoría de solicitudes y de estatutos reconocidos por orientación sexual de hombres homosexuales.⁶⁷⁵

De acuerdo con el ACNUR, en sus Directrices, respecto a las mujeres lesbianas solicitantes de asilo y/o refugiadas es importante atender a los siguientes factores:

1. La violencia perpetrada contra las lesbianas procede habitualmente de agentes no estatales, “incluidos actos como la violación "correctiva", la violencia de represalia por ex compañeros o

⁶⁷² En la actualidad también se utilizan las siglas LGBTIQ para incluir a las personas Queer, término presentado en el siguiente apartado, que no es utilizado por las directrices interpretativas del ACNUR.

⁶⁷³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9.parr.10

⁶⁷⁴ LIDSTONE, R et JORDAN, S. *Compiled for the Gender and Sexuality Working Group of the Refugee Research Network*. 2012. p.2

⁶⁷⁵ ELENA. *Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status*. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/3decd1fa4.pdf> p.2

esposos, el matrimonio forzado y delitos cometidos por miembros de la familia en nombre de honor”⁶⁷⁶.

2. La evaluación del temor de persecución debe centrarse en el futuro. En este sentido, se destaca que “algunas lesbianas solicitantes de la condición de refugiado no han tenido ninguna experiencia de persecución en el pasado, por ejemplo, si han tenido pocas o ninguna relación con otra mujer”⁶⁷⁷.

3. Es importante evitar estereotipos e ideas preconcebidas, dado que las mujeres lesbianas pueden haber tenido relaciones heterosexuales, a menudo pero no necesariamente, debido a la presión social por casarse y tener hijos.

Los hombres gays, en segundo lugar, son definidos como los hombres “que son atraídos física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otros hombres”⁶⁷⁸. Los hombres gays son los principales solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual, dato que revela su mayor visibilidad en relación con las mujeres lesbianas. A pesar de su mayor visibilidad no puede requerirse su exposición pública a los efectos de valorar su orientación sexual, debiéndose “evitar suposiciones de que todos los hombres gays manifiestan su orientación sexual públicamente”⁶⁷⁹. Del mismo modo que en el caso de las mujeres lesbianas, no debe relacionarse la orientación sexual con la identidad y/o expresión de género aplicándose estereotipos que presuponen la feminidad y/o amaneramiento de los hombres homosexuales. El análisis de la valoración de la orientación sexual no debería centrarse en la concurrencia de comportamientos caracterizados como pertenecientes al género opuesto, sino en la identidad sexual de la persona que, en cuanto amenaza los roles

⁶⁷⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. *Op.cit.parr.10*

⁶⁷⁷ *Ibidem.*

⁶⁷⁸ *Ibidem.*

⁶⁷⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. *Op.cit.parr.10*

sociales, sexuales y reproductivos que se esperan en función de su género, pueden generar violencia y persecución.

De acuerdo con las Directrices elaboradas por el ACNUR, los hombres homosexuales están en riesgo particular de abuso en las prisiones, los entornos militares y otros entornos y sitios de trabajo tradicionalmente dominados por los hombres. Además, conviene también tener en cuenta que “algunos hombres gays pueden haber tenido relaciones heterosexuales, debido a las presiones sociales, incluso por casarse y/o tener hijos”⁶⁸⁰.

En tercer lugar, la persona bisexual es definida como aquella que es “física, romántica y/o emocionalmente atraída tanto por hombres como mujeres”⁶⁸¹. De todas las subcategorías que abarca la orientación sexual y/o la identidad de género, la bisexualidad es probablemente la menos comprendida, tal vez porque en sí misma implique una amenaza contra el binarismo heterosexual/homosexual y porque evidencie la mutabilidad desde la que puede ser concebida la orientación sexual.

Pocos estudios se han realizado sobre las dificultades que deben superar los solicitantes de asilo perseguidos por su bisexualidad. Por una parte, podría presumirse que muchas personas perseguidas por mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, al no identificarse con la estigmatizada homosexualidad, incluso por una homofobia interiorizada, prefieran presentarse como bisexuales. Sin embargo, como pone de manifiesto REHAAG, en su investigación sobre solicitantes de asilo bisexuales en Canadá⁶⁸², el número de concesiones a las personas bisexuales es considerablemente menor que las concesiones a personas gay o lesbianas, siendo uno de los factores determinantes la incredulidad, basada en el desconocimiento, que genera en las autoridades responsables del proceso de asilo el hecho de que una persona pueda sentir atracción por ambos sexos.

Por ello, es relevante, a los efectos de reconocer la protección internacional a personas perseguidas por su bisexualidad, desvincular el análisis de la misma de dos de los prejuicios más concurrentes respecto a las solicitudes de asilo por personas bisexuales:

⁶⁸⁰ *Ibidem.*

⁶⁸¹ *Ibidem.*

⁶⁸² Véase REHAAG, S. ‘Patrolling the Borders of Sexual Orientation: Bisexual Refugee Claims in Canada’, *McGill Law Journal* Vol.53. 70.

- En primer lugar, debe tenerse en cuenta, tal como destaca el ACNUR, que “la bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo.”⁶⁸³ En este sentido, una persona bisexual puede tener sentirse plena a nivel emocional, afectivo y erótico en una relación heterosexual como en una relación homosexual.

- En segundo lugar, la bisexualidad tampoco debe implicar que la persona se siente atraída en el mismo grado por ambos sexos. Por tanto, no puede esperarse que la persona bisexual haya mantenido el mismo número de relaciones, o similar, con ambos sexos.

Por otra parte, la persona transgénero es definida como aquella “cuya identidad de género y/o expresión de género difiere del sexo biológico que les fue asignado al nacer”⁶⁸⁴. Las personas transgénero, entre las que se incluyen las personas transexuales, las personas travestidas y otras personas de género variante⁶⁸⁵ suponen una amenaza a los valores tradicionales y a las funciones e interrelaciones derivadas del binarismo de género hombre/mujer.

Las identidades no normativas, especialmente el transgénero y la transexualidad cuestionan la idea de los sexos como contrarios, permitiendo adquirir y combinar elementos de géneros que se han considerado históricamente opuestos o complementarios⁶⁸⁶. En consecuencia, como se ha analizado en el capítulo I del presente estudio, muchas de las personas transgénero son víctimas de actos de violencia física, sexual y psicológica que, en demasiadas ocasiones, quedan impunes ante la justicia. Uno de los factores más determinantes de esta impunidad, además de la falta de mecanismos de prevención y de protección inexistentes en la mayoría de las sociedades, es la elevada vulnerabilidad de las personas transgénero, “por la falta de apoyo familiar y de privación de empleo y de vivienda”.⁶⁸⁷

⁶⁸³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional nº9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. p.7

⁶⁸⁴ *Ibidem*.p.7

⁶⁸⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. "Respuestas a sus preguntas sobre las personas transexuales, identidad de género y expresión de género", disponible en inglés en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>.

⁶⁸⁶ COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI. *Op.cit*.p.83

⁶⁸⁷ *Ibidem*. p.80

Siguiendo las Directrices establecidas por el ACNUR sobre orientación sexual e identidad de género, pueden deducirse una serie de elementos necesarios para el correcto reconocimiento de la protección internacional a las personas transgénero que sufren persecución:

1. La identidad de género no puede confundirse con la orientación sexual. De este modo, una persona transgénero puede ser heterosexual, gay, lesbiana o bisexual.⁶⁸⁸

2. Las personas transgénero puede que no siempre se expresen, vistan o actúan de acuerdo con el género contrario del identificado con su sexo y que decidan “expresar su género elegido sólo en determinados momentos en los entornos donde se sienten seguras”.⁶⁸⁹

3. No todas las personas transgénero deciden seguir un tratamiento médico o eligen otras medidas para ayudar a que su apariencia exterior coincida con su identidad interior. En consecuencia, “es importante que las personas encargadas de la toma de decisiones eviten un exceso de énfasis en la cirugía de reasignación de sexo”⁶⁹⁰.

Por último, la persona intersexual es definida como “aquel individuo que nace con una anatomía reproductiva o sexual y/o patrones de cromosomas que no parecen ajustarse con las típicas nociones biológicas de hombre o mujer”⁶⁹¹. Las personas intersexuales pueden ser objeto de persecución debido a su anatomía atípica. De acuerdo con el ACNUR: “las personas intersexuales pueden enfrentarse a la discriminación y el abuso por tener una discapacidad física o condición médica, o por la disconformidad con la apariencia corporal aceptada de una persona femenina o masculina. Algunos niños intersexuales no son inscritos por las autoridades al nacer, lo que puede dar lugar a una serie de riesgos asociados y la negación de sus derechos humanos”⁶⁹². De hecho,

⁶⁸⁸ Véase también el *Caso No. 0903346*, [2010] RRTA 41, Australia, Tribunal de Revisión de los Refugiados, 5 de febrero de 2010, (en lo sucesivo "RRT Caso No. 0903346") disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b8e783f2.html>, que concierne a un solicitante transexual que temía ser perseguido a causa de su identidad de género. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional n°9. Op.cit.p.7

⁶⁸⁹ *Ibidem*.p.7

⁶⁹⁰ *Ibidem*.p.8.

⁶⁹¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional n°9. Op.cit.p.8

⁶⁹² *Ibidem*.p.8

según una reciente investigación realizada por SCHNOEBELEN, el ser intersexual puede ser visto en algunas sociedades como una característica maligna o asociada a cuestiones de brujería que puede conllevar la persecución y el abuso a la persona intersexual y a toda su familia⁶⁹³.

Para el análisis de la intersexualidad en las solicitudes de asilo es necesario tener en cuenta tres factores relevantes: que una persona intersexual puede tener una identidad de género de hombre o de mujer; que una persona intersexual puede ser lesbiana, gay, bisexual o heterosexual; y que las condiciones anatómicas o cromosómicas constituyentes de la intersexualidad pueden ser evidentes al nacer, pueden aparecer en la pubertad o puede que sólo se descubran en un examen médico⁶⁹⁴.

4. La orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución reconocidos en la Convención de sobre el Estatuto de los Refugiados

De acuerdo con el art. 1.A.2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados para el reconocimiento del estatuto de refugiado el solicitante debe tener un fundado temor a ser perseguido por uno de los cinco motivos que la disposición establece: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En el presente epígrafe se presenta el análisis de las causas reconocidas en la Convención de 1951 por las que pueden ser reconocidas la orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución susceptibles de reconocimiento de la protección internacional.

⁶⁹³ SCHNOEBELEN, J. *Witchcraft Allegations, Refugee Protection and Human Rights: A Review of the Evidence* (Acusaciones de brujería, Protección de Refugiados y Derechos Humanos: Una revisión de la prueba), ACNUR, Nuevos Temas en la Investigación sobre Refugiados, Documento de investigación No. 169, enero de 2009, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/4981ca712.pdf>.

⁶⁹⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional nº9. *Op.cit.*p.8

4.1. La orientación sexual y la identidad de género como características de pertenencia a un grupo social determinado

La pertenencia a un determinado grupo social es uno de los cinco motivos establecidos en el art. 1.A.2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiado. Sin embargo, dicha disposición no determina de forma específica qué grupos sociales se incluyen en este motivo de persecución.

Del estudio de los *travaux préparatoires* de la Convención de 1951 poco puede deducirse respecto a la razón por la que se decidió incluir esta última categoría. Fue introducida por la delegación de Suecia en una de las últimas enmiendas bajo el fundamento de que: “la experiencia ha demostrado que algunos refugiados han sido perseguidos por su pertenencia a grupos sociales determinados...estos casos han existido y sería conveniente mencionarlos explícitamente”.⁶⁹⁵

La naturaleza de este motivo de persecución ha sido cuestionada por la doctrina especializada. En términos generales, se encuentran tres posturas doctrinales diferenciadas⁶⁹⁶. En primer lugar, se presenta la postura inclusiva por la que algunos autores entienden que fue la voluntad de los redactores de la Convención de 1951 la creación de una categoría abierta que pudiera dar protección a todas aquellas personas que no fueran perseguidas por los otros cuatro motivos específicos: religión, raza, nacionalidad u opiniones políticas. En consecuencia, esta postura doctrinal defiende una interpretación amplia de los términos “grupo social determinado”. Destacan en este sentido autores como HELTON que argumenta que era la voluntad de los delegados la creación de una categoría que permitiera ofrecer protección internacional a las personas refugiadas sin distinciones innecesarias o individualizadas⁶⁹⁷. De acuerdo con este autor existen cuatro grupos distintos incluidos bajo la categoría de “grupo social determinado”: los de tipo estadístico, societario, social y asociativo, en función del elemento de unión entre los miembros que los componen.⁶⁹⁸

⁶⁹⁵ DELEGACIÓN DE SUECIA. UN DOC. A/CONF.2/SR.3 14 Noviembre de 1951.

⁶⁹⁶ ELENA. *Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status*. p.3

⁶⁹⁷ Véase HELTON, A. “Persecution on account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Definition”. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol.15.

⁶⁹⁸ *Ibidem*.

En segundo lugar, la postura excluyente defiende que la pertenencia a un determinado grupo social no es por sí misma un motivo de persecución, teniendo que operar conjuntamente con alguno de los otros cuatro motivos. De esta postura doctrinal se deduce el criterio de elegibilidad por el que se determina qué grupo perseguido puede ser protegido bajo los parámetros de la Convención. En este orden de términos, GRAVES mantiene la imposibilidad de elaborar una definición satisfactoria de esta categoría, recomendando el reconocimiento individualizado del estatuto de refugiado caso por caso y oponiéndose a la formulación de definiciones abstractas de grupos sociales protegidos. En contra puede argumentarse que la traslación a las autoridades administrativas de cada Estado de la determinación de los criterios por los que a una persona se le concibe como perteneciente a un grupo social determinado y, por tanto, susceptible de protección en caso de tener un fundado temor a ser perseguido, conllevaría a una práctica de reconocimiento no uniforme e inconsistente en función de los intereses y valores de cada Estado que fragmentaría la universalidad del derecho humano a la protección internacional.

Por último, en la postura intermedia y mayoritaria, algunos autores entienden que la pertenencia a un determinado grupo social tiene entidad y significado propios pero que no puede concebirse como una categoría que convierte el *numerus clausus* de motivos establecido en la Convención en una enumeración abierta. GRAHL-MADSEN concibe esta categoría de grupo social determinado como una “idea de última hora” de mayor amplitud respecto a las otras categorías y con un efecto *ad futurum* de protección hacia refugiados perseguidos por motivos en ese momento no contemplados por la comunidad internacional.⁶⁹⁹ Mientras que HATHAWAY defiende que la categoría de pertenencia a un determinado grupo social es un motivo de persecución establecido de forma deliberada por los redactores de la Convención de 1951 que responde a la conciencia de persecuciones pasadas a grupos sociales específicos.⁷⁰⁰

De acuerdo con el ACNUR, la interpretación correcta de la pertenencia a un grupo social determinado debe ser consecuente con el objeto y propósito de la

⁶⁹⁹ GRAVES, M. “From definition to exploration : Social groups and political asylum eligibility”. *San Diego Law Review*. nº 51. p.740

⁷⁰⁰ HATHAWAY, J. *The Law of Refugee Status*.1991

Convención de 1951. Por tanto, “esta categoría no se debe interpretar como una categoría que lo resume todo y que se aplica a todas las personas que sufren persecución”⁷⁰¹. En las Directrices elaboradas por el ACNUR sobre esta la pertenencia a un determinado grupo social, el organismo aboga por una interpretación evolutiva de esta categoría, reiterando que “el término pertenencia a un determinado grupo social debe leerse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos”.⁷⁰²

En relación con el contenido de esta categoría, el ACNUR define un grupo social determinado como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será una innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”⁷⁰³. Por tanto son dos los elementos que constituyen la pertenencia a un grupo social determinado:

- El elemento de las “característica protegidas” que examina si un grupo está unido, o por una característica innata o inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que una persona no debe ser obligada a abandonarla.
- El elemento de la “percepción social” que da prioridad a si un determinado grupo social comparte una característica común que hace que sea conocido o que los miembros del grupo sean considerados como distintos a la sociedad en general.

Algunos autores como HATAHWAY, del mismo modo que lo han hecho los tribunales de Estados Unidos, Reino Unido y Bélgica, entre otros⁷⁰⁴, otorgan

⁷⁰¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional: “pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967. parr.2.

⁷⁰² *Ibidem.* parr..3

⁷⁰³ *Ibidem.* parr.11

⁷⁰⁴ HATHAWAY, J.C. *Op.cit.* p. 160. Véase también las sentencias de U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta*, 1 de marzo de 1985, 19 I & N Dec. 221, y *In re Kasinga*, 13 de junio de 1996, Sentencia interina 3278, comunicada en (1997) I.J.R.L. Special Issue, 213-234; Supreme Court of Canada, *Attorney General (Canada) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689; Refugee Appeals Board (V.B.C.) (2 ch.) (Bélgica), 8 de abril de 1992, E024; House of Lords, *Islam v. Secretary of State for the Home Department*, *Regina v. Immigration*

más peso en el reconocimiento de la pertenencia a un grupo social determinado a aquellas circunstancias que son innatas o históricas y, por tanto, inmutables, o aquéllas que aun pudiéndose modificar no se debe exigir tal cambio por estar estrechamente vinculadas a la identidad de la personas o al ejercicio y disfrute de los derechos humanos fundamentales. En contra, autores como GOODWIN-GILL, centran el foco de atención sobre la percepción que tiene el perseguidor o la sociedad en su conjunto de determinadas personas en función de cierto atributo, actividad, creencias o interés determinado que las identifica como grupo social diferenciado.⁷⁰⁵ El ACNUR, por su parte, ha resuelto este debate doctrinal y jurisprudencial entendiendo que los dos enfoques para identificar los grupos sociales determinados operan de forma alternativa y no acumulativa⁷⁰⁶.

La orientación sexual y/o identidad de género son consideradas como categorías incluidas en el primero de los elementos de “características protegidas” en cuanto se entienden como características innatas e inmutables, o como características tan fundamentales para la dignidad humana que la persona no debe ser obligada a abandonarlas. La definición de la orientación sexual o de la identidad de género como características innatas o inmutables produce conflictos tanto a nivel teórico, frente a nuevas teorías de la sexualidad y del género como la teoría *queer* que parte de la disidencia sexual y la deconstrucción de las identidades estigmatizadas para reafirmar que la opción sexual distinta es un derecho humano⁷⁰⁷, como a nivel procesal en el

Appeal Tribunal, ex parte Shah, 25 de marzo de 1999 [1999] 2 A.C. 629, citadas por el ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. . *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2001.parr.27

⁷⁰⁵ GOODWIN-GILL, S.G. Op.cit.p.45 et ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. párrs 77-79.

⁷⁰⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. parr.45

⁷⁰⁷ Sobre la teoría *queer* véase entre otros a BUTLER, J, “Críticamente subversiva”, en MÉRIDA JIMÉNEZ, R. *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*. Icaria, Barcelona, 2002. “Imitación e insubordinación de género”, *Revista de Occidente*, núm. 235, diciembre. 2000, “Palabra contagiosa. Paranoia y ‘homosexualidad’ en el ejército”, *Reverso*, núm. 1. 2000. *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, Londres. 1990/ GUASH, O. *La crisis de la heterosexualidad*, Laertes, Barcelona.2000 *La sociedad rosa*, Anagrama, Barcelona.1998/ MÉRIDA JIMÉNEZ, R. *Sexualidades transgresoras. Una antología*

procedimiento llevado a cabo por las autoridades del Estado receptor para el reconocimiento del estatuto de refugiado.

De este modo, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el tratamiento del género y de la sexualidad en un marco transnacional y multicultural requiere una contextualización espacio-tiempo en relación con las circunstancias particulares y con las experiencias vividas de cada solicitante. No puede olvidarse que las categorías de los subgrupos antes estudiados de lesbiana, gay, bisexual, transgenero e intersexual emergen de un marco occidental, dominante en los discursos sobre la diversidad sexual y de género, que no siempre puede aplicarse de forma precisa y determinada para identificar las experiencias vividas por las personas que conforman las minorías sexuales y de género.⁷⁰⁸

Además, tanto la orientación sexual como la identidad de género pueden evolucionar a lo largo de la vida de una persona, por lo que su conceptualización no puede reducirse a términos estrictos de características innatas o inmutables. En esta misma línea, el ACNUR ha reconocido que: “si la identidad del solicitante aún está en evolución, puede describir su orientación sexual y/o identidad de género como fluida o puede que manifiesten confusión o incertidumbre acerca de su sexualidad y/o identidad”.⁷⁰⁹ Estos factores son fundamentales para aquellas autoridades administrativas intervinientes en los procesos de asilo, en relación con el grado de aceptación o de rechazo a estas etiquetas que los solicitantes de asilo y/o personas refugiadas pueden tener en función de sus experiencias vividas o de sus identidades sexual y de género.

En este sentido, los encargados de la toma de decisiones deben evitar la dependencia en los estereotipos o suposiciones, incluyendo señales visibles, o la falta de ellos.⁷¹⁰ Son numerosos los estudios académicos que evidencian la frecuencia con la que la práctica procesal del trámite de asilo obedece a estereotipos y representaciones sociales, confundiendo la homosexualidad con la feminidad del demandante o la masculinidad de la demandante, la

de estudios queer. Icaria, Barcelona, 2002/ LLAMAS MÚÑOZ, R, “Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la homosexualidad”, *Siglo XXI*, Madrid, 1998.

⁷⁰⁸ LIDSTONE, R et JORDAN, S. *Compiled for the Gender and Sexuality Working Group of the Refugee Research Network*. 2012. p.1

⁷⁰⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* parr.47

⁷¹⁰ *Ibidem*. parr.49.

promiscuidad, la vestimenta u otras características físicas o psíquicas que no obedecen a la orientación sexual ni a la identidad de género. Sirva de ejemplo el caso *In re Soto Vega* por el que un solicitante de asilo en los Estados Unidos le fue denegado el estatuto de refugiado por un exceso de masculinidad al “no observarse en su ropa, modales o voz ningún rasgo típico de homosexualidad”⁷¹¹. Respecto a este tipo de estereotipos, el ACNUR ha subrayado que: “no todas las personas LGBTI se ven o se comportan de acuerdo con nociones estereotipadas [...], si bien un atributo o característica visiblemente expresada puede reforzar la conclusión de que el solicitante pertenezca a un grupo social LGBTI, no es un requisito previo para el reconocimiento del grupo”⁷¹².

El segundo de los elementos constitutivos de un grupo social determinado, el de la “percepción social”, también suscita una serie de cuestiones de necesario análisis. La determinación de la pertenencia a un grupo social en función de cómo es percibida socialmente exige para tal efecto un cierto grado de visibilidad que se enfrenta, en los supuestos de los solicitantes LGBTI, a su propia libertad de mantener en su intimidad la expresión y vivencia de su orientación sexual y/o identidad de género y con el posible miedo que puedan sentir a descubrirla o a compartirla en sociedad.

Un elemento común en la experiencia de muchos solicitantes LGBTI es la necesidad de mantener en secreto los aspectos relativos a su vida sexual como consecuencia de la presión social, la hostilidad explícita o implícita y la discriminación o las sanciones penales que puedan sufrir en su país de origen⁷¹³. De ahí que muchos de los demandantes de asilo por orientación sexual e identidad de género eviten públicamente vincularse e identificarse con un grupo social estigmatizado, patologizado y, en muchas ocasiones, criminalizado.

El ACNUR ha señalado que “el enfoque de la percepción social no requiere ni que el atributo común sea literalmente visible a simple vista ni que el atributo

⁷¹¹ F. HANNA. “*Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims*”. *The Yale Law Journal*. 2005. p.114.

⁷¹² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* parr.49

⁷¹³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal. Dirección de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. 21 de octubre de 2008.

sea fácilmente identificable por el público en general”⁷¹⁴. Por tanto, de este elemento no puede exigirse que determinados miembros del grupo o sus características comunes sean conocidos públicamente en una sociedad. Se trata más bien de una percepción social de tipo “general y abstracta”⁷¹⁵ que sobre las personas LGBTI se tenga en el país de origen, sin que se deba requerir dicha percepción social sobre la persona que solicita la protección internacional.

Sin embargo, como se analiza en capítulos posteriores del presente estudio, en relación con la normativa europea y española, en el momento de la verificación del relato del solicitante la práctica mayoritaria de los Estados requieren pruebas que acrediten los indicios suficientes de verisimilitud que, de forma táctica, revierten en una obligación del solicitante en visibilizar su orientación sexual y/o identidad de género. Algunos autores han criticado este requisito no sólo en relación con el reconocimiento del estatuto de refugiado sino también respecto a las condiciones de recepción y de acogida. El estigma social existente contra las identidades de género o sexuales no normativizadas conlleva a que muchas personas refugiadas LGBTI prefieran no compartir su orientación sexual y/o identidad de género con sus familiares o con otros compañeros de los centros de recepción o acogida⁷¹⁶.

⁷¹⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* parr.49

⁷¹⁵ *Ibídem.*

⁷¹⁶ A pesar de que la doctrina especializada ha estudiado el derecho a la protección internacional de las personas con temor fundado a ser perseguidas por su orientación sexual o su identidad de género, existen pocas aportaciones sobre las garantías debidas en los procesos de recepción, acogida e integración de las personas refugias y de los solicitantes de asilo por tales motivos. Véase LIDSTONE, R. et JORDAN, S. *Compiled for the Gender and Sexuality Working Group of the Refugee Research Network*. 2012. En el capítulo VI del presente estudio se analizan los derechos de las personas LGBTI de acuerdo con las nuevas medidas establecidas por la nueva Directiva de Acogida de julio de 2013, mientras que en el capítulo X se analizan las condiciones de acogida de las personas LGBTI en el sistema español de asilo.

4.2. El reconocimiento de los motivos de orientación sexual e identidad de género a través de otras causas establecidas por el art.1.A.2) de la Convención de 1951

El estatuto de refugiado por tener un temor fundado a ser perseguido por la orientación sexual y/o por la identidad de género del solicitante es reconocido principalmente por la causa de la pertenencia de éste a un grupo social determinado. Sin embargo, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de diferentes Estados han apreciado la posibilidad de que el estatuto de refugiado sea reconocido a través de otros motivos establecidos en el art.1.A.2) de la Convención de 1951. En este sentido, se han pronunciado los tribunales de Esta como Australia, Canadá, Francia, Alemania, Nueva Zelanda, Suecia, Reino Unido y los Estados Unidos.⁷¹⁷

Como ha reconocido el ACNUR, los cinco motivos de la Convención, es decir, la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo social y las opiniones políticas, “no son mutuamente excluyentes y pueden solaparse”⁷¹⁸. De hecho, en los supuestos de activistas LGBTI y de defensores de derechos humanos, o de aquellos percibidos como activistas o defensores, las solicitudes de protección internacional pueden basarse no sólo sobre la pertenencia a un grupo social determinado sino también sobre los motivos de opiniones políticas o de religión, siempre que “se considere que su defensa va en contra de los puntos de vista y/o prácticas políticos o religiosos prevalecientes”⁷¹⁹.

En relación con el motivo de opiniones políticas, debe partirse de la interpretación amplia que el ACNUR requiere del término *opinión política*, incluyéndose “cualquier asunto en el que la maquinaria del Estado, la sociedad

⁷¹⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal. Dirección de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. 21 de octubre de 2008. párr.36

⁷¹⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*.40

⁷¹⁹ *Ibíd.*

o la política puede estar involucrado”⁷²⁰. Como se ha analizado en el capítulo I del presente estudio, en muchos países la homofobia y la transfobia se han oficializado en los discursos públicos de las autoridades políticas. En aquellos Estados en los que los gobiernos niegan la existencia de la diversidad sexual y/o de género, o en donde las personas LGBTI son consideradas foráneas de la identidad nacional, la opinión o la expresión de la sexualidad o de la identidad de género no tradicionales puede ser considerada como política, “sobre todo en países donde tal falta de conformidad es considerada como desafiante hacia la política del gobierno o donde se percibe como una amenaza a las normas y los valores sociales prevalecientes”.⁷²¹

Por otra parte, las personas perseguidas por su orientación sexual y/o identidad de género también pueden solicitar el reconocimiento de su estatuto de refugiado por el motivo de religión en los supuestos en los que “se considerada que no se ajustan a las enseñanzas de una religión en particular a causa de su orientación sexual o identidad de género, y son sometidas a daños o castigos graves como consecuencia de ello”⁷²². De acuerdo con el análisis realizado en el capítulo I del presente estudio, el tratamiento de la diversidad sexual y de género varía en función del credo religioso. Algunas religiones condenan con la pena de muerte las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, como es el caso de la interpretación restrictiva que se realiza de la ley islámica, la Sharía, en algunos países musulmanes; otras religiones consideran la homosexualidad como una “abominación”, un “pecado” o un “trastorno”; y por último, existen otras confesiones que ofrecen una plena aceptación de la diversidad derivada de la orientación sexual y/o de la identidad de género. En este sentido, siguiendo las Directrices establecidas por el

⁷²⁰ Véase *Canadá (Fiscal General) contra Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canadá, Corte Suprema, 30 de junio de 1993. Disponible en:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>. Citado por ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Op.cit.* párr.50

⁷²¹ *Ibidem.*

⁷²² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la persecución por motivos de género, párr. 32, ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Opinión Consultiva del ACNUR para la Asociación de Abogados de Tokio respecto de las solicitudes de la condición de refugiado por motivos de orientación sexual*, 3 de septiembre de 2004, párr. 5, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8948>. Véase también, *Kwasi Amanfi contra John Ashcroft, Fiscal General*, EE.UU., Nos. 01-4477 y 02-1541, (3º Cir. 2003), 16 de mayo de 2003, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>, que se refiere a un solicitante que hizo una denuncia por la persecución a causa de la homosexualidad imputada.

ACNUR, “las actitudes negativas que tienen los grupos religiosos y las comunidades hacia las personas LGBTI pueden expresarse en diversas formas, desde desalentar la actividad entre personas del mismo sexo o el comportamiento o la expresión de la identidad transgénero entre los adherentes hasta la oposición activa, incluyendo protestas, golpizas, señalando/avergonzando y la excomunión o incluso la ejecución”⁷²³.

5. Los elementos constitutivos de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ratificada en la actualidad por 147 Estados, constituye el principal instrumento jurídico del Derecho internacional público sobre la protección internacional de las personas refugiadas. Como se ha analizado en el capítulo anterior, la Convención establece una definición jurídicamente vinculante y no modificable de aquellas personas reconocidas como refugiadas y, en consecuencia, titulares de un estatuto de protección internacional en el país de asilo. El elemento principal del comentado artículo 1.A.2) de la Convención reside en la definición de refugiado como aquella persona que tiene “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”⁷²⁴.

El reconocimiento del estatuto de refugiado, y la consecuente legitimidad para el ejercicio de los derechos derivados de la protección internacional, entre los que se incluye el derecho de non-refoulement, sólo es aplicable en el caso de riesgo de que la *persona sea perseguida* por uno de los motivos establecidos en la Convención, estudiados en el epígrafe anterior, lo que además implica la falta de protección debida por parte del Estado de origen. Además, este riesgo debe tratarse de un *fundado temor*, es decir, de que existe una posibilidad real de que si la persona es devuelta a su país de origen puede sufrir persecución.

⁷²³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* párr.43.

⁷²⁴ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 1951. Artículo 1.A.2)

De acuerdo con HATHAWAY, la Convención de 1951 emplea la forma pasiva de “ser perseguido”, en vez del simple término persecución, para poner en evidencia la necesidad de demostrar un riesgo que no será reparado o evitado por el país de origen⁷²⁵. Como ha subrayado el Tribunal Federal de Australia en el *asunto Kord*: “la utilización de la forma pasiva constituye un término complejo, que implica tanto la conducta del perseguidor como el efecto que esa conducta tiene sobre la persona que es perseguida”⁷²⁶. En consecuencia, de acuerdo con la Convención de 1951, se requiere la atención tanto sobre la naturaleza del riesgo como sobre la naturaleza de la respuesta del Estado, si es que esta se da, pues “es la combinación de ambas que la que sustenta el significado de los términos *ser perseguido*”⁷²⁷.

5.1. La naturaleza de los actos constitutivos de persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Es necesario partir del análisis de la naturaleza de los actos que constituyen persecución a los efectos del reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual e identidad de género. De acuerdo con la interpretación que hace el ACNUR del término *persecución*, puede considerarse que implica “graves violaciones de derechos humanos, entre ellos una amenaza a la vida o la libertad, así como otros tipos de daños graves”. La doctrina especializada y la jurisprudencia de 43 países⁷²⁸ entienden que el daño infligido por motivos de orientación sexual e identidad de género, que en ocasiones alcanza niveles de brutalidad inhumana, es suficiente para cubrir el elemento de temor grave de requisito de ser perseguido.

Las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género presentan de forma generalizada amenazas de graves abusos y supuestos de violencia física, psicológica y sexual contra las personas. La violación sexual, en particular, ha sido reconocida como una forma de tortura,

⁷²⁵ HATHAWAY, J.C.et POBJOY, J. “Queer cases make bad law”. *New York University Journal of International Law and Politics*. N°315. 2011-2012.p319

⁷²⁶ TRIBUNAL FEDERAL DE AUSTRALIA. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs contra Kord. 125 FCR 68.

⁷²⁷ HATHAWAY, J.C.et POBJOY, J. *Op.cit.*.p.320

⁷²⁸ *Ibidem.* p.321

dejando en "la víctima cicatrices psicológicas profundas"⁷²⁹ y se constituye como un factor que se utiliza para fines tales como "la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de la persona".⁷³⁰

Dado que la Convención de 1951 no recoge una enumeración de los actos constitutivos de persecución, a diferencia de la legislación comunitaria y española como se presenta en los capítulos siguientes del presente estudio, resulta conveniente remitirse a las Directrices elaboradas por el ACNUR sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género. Del análisis de las mismas pueden deducirse como constitutivos de actos de persecución los siguientes comportamientos, medidas y actos:

-En primer lugar, se incluyen todas aquellas medidas para tratar de cambiar o alterar la orientación sexual de una persona y/o su identidad de género. Como consecuencia del tratamiento existente en muchas sociedades de la homosexualidad, la bisexualidad y la diversidad de género, concebidas como enfermedades, trastornos mentales o defectos morales, las personas LGBTI son víctimas de medidas coercitivas que "pueden constituir tortura o trato inhumano o degradante, así como involucrar otras violaciones graves de derechos humanos, incluidos los derechos a la libertad y a la seguridad de las personas"⁷³¹. El ACNUR cita como ejemplos de estas medidas que constituyen actos de persecución "la institucionalización forzada, la cirugía forzada de

⁷²⁹ Véase la recopilación de jurisprudencia sobre violaciones sexuales realizada por el ACNUR. *Aydin contra Turquía*, 57/1996/676/866, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de septiembre de 1997, párrafo 83, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, párrafo 83. Véase también, *HS (Homosexuales: Menores, Riesgo al Retorno) Irán contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior* [2005] UKAIT 00120, Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido (AIT), 4 de agosto de 2005, disponible en inglés en, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfafe0.html>, reconociendo como tortura el asalto sexual al que el solicitante había sido sometido durante su detención, párrs. 57, 134; Arrêt n ° 36 527, Bélgica: Consejo de lo Contencioso en materia de Extranjería, 22 de diciembre de 2009, disponible en francés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad94692.html>, haciendo referencia a que la tortura y las violaciones graves de la integridad física del recurrente en la cárcel constituyen persecución. ALTO COMISIONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*p.13

⁷³⁰ ALTO COMISIONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*p.13

⁷³¹ *Ibidem.* parr.21

reassegnación de sexo, la terapia de electroshock forzosa y la inyección de drogas o terapia hormonal forzada”⁷³².

En este sentido, conviene recordar que el principio 18 de los Principios de Yogyakarta dispone que: "con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médica, ni suprimidas"⁷³³. Además, la experimentación médica y científica no consensuada también está explícitamente identificada como una forma de tortura o trato inhumano o degradante en virtud del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que"... en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".⁷³⁴ El Comité de la ONU contra la Tortura y el Relator Especial de la ONU sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes han destacado que esta disposición incluye "la prohibición de someter a hombres sospechosos de conducta homosexual a exámenes anales no consensuados para probar su homosexualidad"⁷³⁵.

El ACNUR también considera como acto de persecución el obligar a las personas intersexuales a someterse a una cirugía destinada a la normalidad cuando no medie consentimiento, siendo relevante distinguir en estos casos "entre la cirugía necesaria para preservar la vida o la salud y la cirugía con fines estéticos o para la conformidad social"⁷³⁶. En supuestos de tratamiento o cirugía a las personas intersexuales debe analizarse los elementos de voluntariedad y de consentimiento para evaluar la constitución de un acto de persecución.

-En segundo lugar, se incluyen como actos constitutivos de persecución los supuestos de privación de libertad basada únicamente en la orientación sexual

⁷³² *Ibidem*. parr.21

⁷³³ CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*. *Op.cit.* Principio 18.

⁷³⁴ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. Art.7

⁷³⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. *Op.cit.* párr. 37

⁷³⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* parr.21

y/o la identidad de género. Entre las detenciones se incluyen también aquellas que tienen lugar en instituciones psicológicas o médicas, al tratarse también de una vulneración de la prohibición internacional contra la privación arbitraria de la libertad.⁷³⁷

Como se ha destacado en el capítulo II del presente estudio, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ha denunciado la estricta jerarquía existente en los centros de detención y como los detenidos LGBTI, que se encuentran en la parte inferior de esta jerarquía, sufren discriminaciones múltiples. Tal como ha denunciado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, la privación de libertad de las personas transgénero, en especial de aquellas “de hombre-a-mujer”, las coloca en un riesgo especial de abuso físico y sexual si son ubicados dentro de la población general de hombres prisioneros⁷³⁸. Del mismo modo, “la segregación administrativa, o el confinamiento solitario, sólo porque una persona es LGBTI también puede dar lugar a graves daños psicológicos”⁷³⁹.

-En tercer lugar, se entienden como actos constitutivos de persecución los crímenes de honor, entendidos éstos como aquellas amenazas de violencia física grave o incluso aquellos asesinatos por parte de los miembros de la familia o la comunidad en general, cometidos en nombre del "honor" contra las personas LGBTI por enfrentarse a las normas y los valores sociales. De acuerdo con el ACNUR, “en el contexto de los casos de orientación sexual y/o identidad de género, estas formas de persecución a menudo se utilizan como medios de negación o para "corregir" la no conformidad”⁷⁴⁰. En especial riesgo se encuentran las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero debido a las desigualdades de género generalizadas que restringen la autonomía en la toma de decisiones sobre la sexualidad, la reproducción y la vida familiar.⁷⁴¹

⁷³⁷ *Ibidem.* parr.22

⁷³⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. *Op.cit.* párr. 34

⁷³⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* parr.22

⁷⁴⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. *Op.cit.* párr. 66

⁷⁴¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* parr.23

Por último, como se ha destacado en el capítulo anterior, los actos discriminatorios también pueden constituir persecución en función de la reiteración y gravedad de los mismos. De acuerdo con el análisis presentado de la situación de las personas LGBTI en las diferentes regiones del mundo, las personas LGBTI sufren discriminación en el reconocimiento y en el disfrute pleno de sus derechos civiles como el derecho a la herencia, a la custodia de menores y a las pensiones, en el ejercicio de sus derechos políticos como la libertad de expresión, de asociación o de reunión, y en el reconocimiento y ejercicio de derechos económicos y sociales, como el acceso a la vivienda, al empleo, a la educación o a la atención sanitaria.

En términos generales el ACNUR ha requerido el denominado *efecto acumulativo* de las restricciones sobre el ejercicio de los derechos humanos para la constitución de persecución. En relación con el despido por motivos de la orientación sexual y/o identidad de género del trabajador el ACNUR ha matizado que “mientras que el despido de un trabajo generalmente no se considera como persecución, aunque sea discriminatorio o injusto, pero si un individuo puede demostrar que su identidad LGBTI significa que sería altamente improbable que pueda disfrutar de cualquier tipo de actividad remunerada en el país de origen, esto puede constituir persecución”⁷⁴².

Por su parte, GOODWIN-GILL destaca que “incluso los abusos menos explícitos deberían ser suficientes, dependiendo de su naturaleza y severidad, y especialmente si se prueba su carácter repetitivo”⁷⁴³. Por tanto, los dos elementos que deben concurrir son la reiteración y la gravedad de la discriminación.

Sin embargo, debe hacerse constar que a pesar de los avances doctrinales y jurisprudenciales sobre el reconocimiento de la persecución socioeconómica, algunos operadores jurídicos se muestran contrarios a reconocer la violación de este tipo de derechos como daño grave en los supuestos de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género⁷⁴⁴. En 2007, la jurisdicción estadounidense entendió que la situación de un hombre homosexual portador de VIH al que se le negaba el tratamiento médico

⁷⁴² *Ibidem*. Parr. 25

⁷⁴³ GOODWIN-GILL, G., Mc ADAM, J. *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford: Oxford Univ.Press, 2007, at p.92.

⁷⁴⁴ U.S. COURT OF APPEALS. *Paredes contra U.S. Attorney General*, 219 F.Ap'x 879, 887

requerido, aunque lamentable, no alcanzaba el nivel de gravedad suficiente para entender la existencia de persecución. Del mismo modo, en 1998, el Tribunal Federal de Australia entendió que el rechazo por parte de la familia de un solicitante homosexual aunque pudiera repercutir en su estado de salud, “a lo sumo moriría de hambre”.⁷⁴⁵

En otro orden de términos, en relación con el análisis de los actos constitutivos de persecución resulta necesario desatacar que para el reconocimiento del estatuto de refugiado no constituye un requisito previo que el acto haya tenido lugar en el pasado. Como ha subrayado el ACNUR el fundado temor de persecución “se basa en la evaluación de la situación que el solicitante tendría que enfrentar si regresara a su país de origen”⁷⁴⁶. Se trata de una protección *ad futurum* según la cual el solicitante no tiene que demostrar que era perseguido en el pasado por su orientación sexual y/o identidad de género antes de que abandonara su país de origen, sino el fundado temor de que si regresa pueda ser perseguido en el futuro.

Por otra parte, dada la complejidad de que presenta la prueba de la orientación sexual y/o de la identidad de género de una persona, en ocasiones la práctica generalizada del reconocimiento de la protección internacional tiende a la *sexualización* de los actos por los que son perseguidas las personas LGBTI. Como denuncia la doctrina especializada, algunos operadores jurídicos centran en exceso la atención sobre los actos sexuales mantenidos por el solicitante, en vez de analizar la orientación sexual o la identidad de género del mismo⁷⁴⁷. Se infravalora el hecho de que muchas personas LGBTI son perseguidas por su identidad, real o parecida, ya que en sí misma representa una amenaza contra los valores sociales y culturales predominantes. En este sentido, el ACNUR ha subrayado que la orientación sexual y/o la identidad de género de una persona “pueden ser expresadas o demostradas de muchas maneras sutiles o evidentes, a través de la apariencia, el lenguaje, el comportamiento, la forma de vestir y los gestos, o no demostrado del todo de

⁷⁴⁵ AUSTRALIAN FEDERAL COURT. *MMM contra Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 1998, 90 FCR 324, 326-27

⁷⁴⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* parr.18

⁷⁴⁷ TÜRK, V. Keynote at “Invisible in the City: Urban Protection Gaps Facing Sexual Minorities Fleeing Persecution”. *HIAS LGBTI Symposium* Septiembre 2012 p.6

estas maneras”⁷⁴⁸. En consecuencia, la diferenciación entre las formas de expresión relacionadas con un "eje central" de la orientación sexual y las que no lo están, no es, por lo tanto, pertinente para los efectos de la evaluación de la existencia de un fundado temor de persecución⁷⁴⁹.

- 5.2. La falta de protección interna en el país de origen. Los efectos de la penalización de los actos sexuales consentidos mantenidos entre personas del mismo sexo como constitutivos de persecución.

El segundo de los elementos que debe concurrir para entender que la persona es *perseguida* es la falta de protección ofrecida por el Estado de origen ante el acto de persecución. De acuerdo con HATHAWAY, este elemento se constituye bien por el hecho de que sean las propias autoridades del Estado las que perpetran la persecución, bien porque éstas no son capaces o no desean ofrecer protección frente a la persecución realizada por agentes no estatales.⁷⁵⁰

Como se ha presentado en el capítulo I, más del cuarenta por ciento de los países integrantes de la comunidad internacional penalizan los actos sexuales mantenidos con consentimiento entre personas del mismo sexo. De hecho, un relevante número de Estados están aprobando nuevas leyes para imponer penas más severas contra la homosexualidad. Sin embargo, el hecho de que en un país se criminalice la homosexualidad no siempre es reconocido por los países receptores como un acto constitutivo de persecución.

⁷⁴⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.* parr.19

⁷⁴⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS *Declaración del ACNUR sobre la persecución religiosa y la interpretación del artículo 9 (1) de la Directiva de Reconocimiento de la UE y ACNUR, Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente) contra RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) y AM (Zimbabwe) (Demandados) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Coadyuvante) - Caso para el Coadyuvante, 25 de mayo de 2012, Caso No. 2011/0011, párr. 12 (9).*

⁷⁵⁰ HATHAWAY, J.C.et POBJOY, J. “Queer cases make bad law”. *New York University Journal of International Law and Politics*. N°315. 2011-2012.p.322

La cuestión de la penalización de la homosexualidad como acto en sí mismo constitutivo de persecución ha suscitado uno de los debates más relevantes en relación con el reconocimiento del estatuto de refugiado a las personas LGBTI. Como se analiza en los siguientes capítulos, los Estados de la Unión Europea no presentan una práctica procesal del asilo uniforme en este aspecto. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en una reciente Sentencia de noviembre de 2013 presentando los elementos necesarios para que la penalización de los actos homosexuales sea considerada constitutiva de persecución.⁷⁵¹

En cualquier caso, aunque la legislación punitiva de los actos homosexuales no se aplique de forma efectiva para constituir un acto de persecución, su mera existencia ya implica la falta de protección de las autoridades nacionales frente a los actos de violencia contra las personas LGBTI, constituyendo un factor determinante para que se genere un clima de homofobia, bifobia y transfobia generalizadas en la sociedad de origen. Además, aun cuando las relaciones consensuales entre personas del mismo sexo no estén penalizadas por disposiciones específicas, no puede olvidarse que las disposiciones generales como aquellas reguladoras de la moral pública o del orden público “pueden ser selectivamente aplicadas y ejecutadas contra las personas LGBTI de manera discriminatoria, haciéndole la vida intolerable al solicitante”⁷⁵².

Desde una óptica *iusinternacionalista*, no existen disposiciones jurídicamente vinculantes que aborden esta cuestión. Sin embargo, el ACNUR ha interpretado que la evaluación del “fundado temor de persecución” en estos casos debe basarse en hechos, centrándose tanto en el individuo como en las circunstancias contextuales del caso.⁷⁵³ De este modo, debe examinarse el sistema legal en el país en cuestión, incluyendo cualquier legislación pertinente, su interpretación, aplicación e impacto real en el solicitante. Además, siguiendo a sus Directrices: “el elemento *temor* se refiere no sólo a las personas a las que esas leyes ya se han aplicado, pero también a las personas

⁷⁵¹ Véase el capítulo VI del presente estudio sobre normativa y jurisprudencia de la Unión Europea sobre el derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género y el capítulo IX sobre normativa y jurisprudencia españolas.

⁷⁵² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. Op.cit. Parr.29

⁷⁵³ *Ibidem.* parr.28

que desean evitar el riesgo de la aplicación de dichas leyes a ellos mismos”.⁷⁵⁴ Conviene subrayar, además, que, de acuerdo con la interpretación que realiza el ACNUR, en caso de que la información del país de origen no establezca si, o en qué medida, las leyes se aplican en realidad, entra en juego la presunción de “que podría ser indicativo de que, no obstante, las personas LGBTI son perseguidos”⁷⁵⁵.

La penalización de la conducta consensuada entre personas del mismo sexo y el cumplimiento de leyes conexas no es la única forma de persecución que puede ser perpetrada por los agentes estatales. Se incluye en este tipo de persecución también los daños cometidos por funcionarios del Estado o aquellos bajo el control del Estado, como la policía o los militares, en especial aquellos actos individuales de funcionarios.⁷⁵⁶ Se entenderá que habrá persecución en estos supuestos cuando el Estado no puede o no quiere proporcionar protección contra tales daños.

Por otra parte, los actos de persecución también pueden ser perpetrados por agentes no estatales, entre los que se incluyen los miembros de la familia, vecinos y la comunidad en general, que “pueden estar directa o indirectamente involucrados en actos de persecución, incluida la intimidación, el acoso, la violencia doméstica y otras formas de violencia física, psicológica o sexual”⁷⁵⁷. Especial reconocimiento en la jurisprudencia de diferentes países ha cobrado la persecución a personas LGBTI por grupos armados o violentos, tales como los grupos paramilitares y rebeldes, así como las pandillas delictivas y vigilantes.⁷⁵⁸

De acuerdo con el ACNUR y con el Comité de Derechos Humanos⁷⁵⁹, son dos los criterios que deben concurrir para entender que existe protección estatal y, en consecuencia, que la persona no es perseguida:

⁷⁵⁴ *Ibidem*. parr.28

⁷⁵⁵ *Ibidem*. parr.28

⁷⁵⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. Op.cit..parr.35

⁷⁵⁷ *Ibidem*. parr.35

⁷⁵⁸ Véase, por ejemplo, Ministerio del Interior del Reino Unido, "Temas de orientación sexual en la solicitud de asilo", 6 de octubre de 2011, p. 6., disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4eb8f0982.html>.

⁷⁵⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual*. Op.cit. párrs. 97-101; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General no. 31 [80], Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrs. 8, 15-

1. En primer lugar, la protección estatal debe ser disponible. Este criterio de disponibilidad de la protección estatal, a mi juicio, debería concebirse como fundamento suficiente para entender que en los países en los que los actos sexuales entre personas del mismo sexo están penalizados, independientemente de la aplicación efectiva e individualizada de la norma, no existe una protección interna disponible que puedan solicitar las personas LGBTI en caso de persecución por agentes estatales o no estatales.

2. En segundo lugar, la protección estatal no sólo debe estar disponible sino que debe ser efectiva. Se entiende que la protección no es efectiva cuando las autoridades no responden a las solicitudes de protección o cuando “se niegan a investigar, enjuiciar o castigar los autores (no estatales) de la violencia contra las personas LGBTI con la debida diligencia”⁷⁶⁰.

5.3. Los requisitos de la alternativa de huida interna y de discreción para el reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual y/o identidad de género

A pesar de que las autoridades responsables del proceso de asilo en el Estado de asilo consideren que el solicitante tenga un fundado temor a ser perseguido en su país de origen por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, puede que no se conceda la protección internacional bajo el requisito de la alternativa de huida interna por el que se entiende que la persona perseguida no tiene derecho a la protección internacional siempre que pueda vivir en un lugar seguro en otra parte de su país de origen. De acuerdo con la investigación realizada por la Universidad de Ámsterdam, los tribunales de dieciséis países europeos distintos han denegado el reconocimiento del

16, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b26ae2.html>.

⁷⁶⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. Parr.36

estatuto de refugiado sobre fundamentándose en la exigencia de este requisito.⁷⁶¹

Para determinar si un nuevo lugar seguro propuesto por las autoridades constituye una alternativa de protección interna deben concurrir una serie de factores. En primer lugar, de acuerdo con autores como HATHAWAY y FOSTER, no debe existir riesgo de persecución en el nuevo lugar y la protección del Estado debe estar disponible⁷⁶².

En esta misma línea, el ACNUR ha declarado que la protección tiene que estar disponible de una manera genuina y significativa; “los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil y otros agentes no estatales no son un sustituto de la protección del Estado”⁷⁶³.

En segundo lugar, para valorar si existe o no la posibilidad de requerir la alternativa de huida interna, debe realizarse un análisis de la pertinencia de este requisito. En términos generales, si en un país están penalizados los actos homosexuales no puede considerarse pertinente exigir a una persona LGBTI que huya a otra zona de su país de origen dado que se entiende que las leyes nacionales penales rigen en todo el territorio del país de origen. Esta es la interpretación que realiza el ACNUR al considerar que: “cuando el miedo a la persecución está relacionado con estas leyes, la consideración de IFA (siglas en inglés de huida interna alternativa) no sería relevante”⁷⁶⁴. Del mismo modo, el criterio de pertinencia para requerir la alternativa de huida interna es también aplicable a los supuestos de las legislaciones que no permiten a una persona transgenero o intersexual acceder y recibir tratamiento médico adecuado si lo busca o que cambie de género en sus documentos⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y el Reino Unido antes de la Sentencia HJ/HT. SPIJKERBOER, J. et JANSEN, S. *Fleeing Homophobia*. Vrije Amsterdam University. Septiembre de 2011. p.37

⁷⁶² Véase HATHAWAY, J.C et FOSTER, M. ‘Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination’, in FELLER, E., TÜRK, V. et NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

⁷⁶³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. parr.51

⁷⁶⁴ *Ibidem*. parr.53

⁷⁶⁵ *Ibidem*. parr.53

Una de las tendencias que se observa en el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género es requerir, en los supuestos en los que los solicitantes provengan de poblados o de zonas periféricas, que se trasladen a vivir a zonas urbanas donde se presume una mayor tolerancia. En las Directrices del ACNUR sobre la alternativa de huida interna, se establece que en estos supuestos la carga de la prueba debe corresponder a las autoridades intervinientes en el proceso de asilo “estableciendo un análisis sobre la pertinencia de la reubicación al caso en particular, que incluya la identificación del lugar propuesto para la reubicación y la recolección de información de país de origen al respecto”⁷⁶⁶.

El último de los criterios que debe atenderse para evaluar la exigencia del requisito de la alternativa de huida interna es la razonabilidad. La razonabilidad debe concebirse en relación con el impacto que la decisión de exigir al solicitante de trasladarse a otro lugar de su país de origen puede tener en función de sus circunstancias personales, la existencia de persecución en el pasado, la seguridad del entorno, el respeto a los derechos humanos y la posibilidad de sobrevivir en términos económicos. En este sentido, resulta necesario valorar la razonabilidad de la decisión desde el enfoque de género, teniendo en cuenta, como ha destacado el ACNUR, que “puede que las mujeres tengan menos oportunidades económicas que los hombres, o quizás no puedan vivir de forma separada de los miembros masculinos de la familia, y esto debe ser evaluado en el contexto general del caso”.⁷⁶⁷

Otro de los requisitos que viene exigiéndose por la jurisprudencia de diferentes Estados es el requisito de discreción, según el cual los Estados de asilo no conceden el reconocimiento del estatuto de refugiado, a pesar de que el solicitante tenga fundado temor a sufrir persecución, en tanto que éste pueda evitar la persecución ocultando su orientación sexual o identidad de género.

⁷⁶⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional: la “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/04

23 de julio de 2003. Párrs.33-34

⁷⁶⁷ Véase ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/01 7 de mayo de 2002

El requisito de discreción ha sido aplicado en la mayoría de los Estados de la Unión Europea como en Austria, principalmente para las solicitudes de personas bisexuales, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Malta, los Países Bajos, Polonia y Rumania⁷⁶⁸. En el Reino Unido, a pesar de la crítica realizada desde la doctrina especializada, se ha aplicado el requisito de discreción hasta la Sentencia del Tribunal Supremo *HJ (Irán) y HT (Camerún)* de julio de 2010. Desde esta sentencia el requisito de discreción sólo se aplica en el Reino Unido si es voluntario por el solicitante y si responde a razones de presión familiar o social.⁷⁶⁹

Resulta relevante subrayar como este requisito sólo se ha exigido en los supuestos de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género y no es aplicado en términos generales a otros motivos de persecución como el de la religión o el de las opiniones políticas. Del mismo modo que no puede exigirse a una persona perseguida por confesar una religión determinada que lo hiciera de forma oculta para evitar ser perseguida o a una persona que huye por no cumplir con la ideología política de un régimen dictatorial que se reservara de expresar públicamente tales opiniones divergentes, no debe aplicarse, a mi juicio, un requisito que limita la vivencia y la expresión de la orientación sexual y de la identidad de género vulnerando los derechos humanos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la intimidad y a la integridad física y psicológica de la persona.

Además, este requisito es contrario al principio de no discriminación establecido en el preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que debe inspirar la interpretación y aplicación de la normativa internacional sobre los refugiados. De este modo, como ha destacado el estudio realizado por KENDALL sobre la aplicación del requisito de discreción en Australia, éste requisito supone un supuesto grave de discriminación basada en estereotipos contrarios a la protección ofrecida por el Derecho internacional de los refugiados.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ SPIJKERBOER, J. et JANSEN, S. *Fleeing from Homophobia. Op.cit.*p34

⁷⁶⁹ REINO UNIDO. Supreme Court 7 July 2010, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31; [2011] 1 A.C. 596.569, para. 82.

⁷⁷⁰ KENDALL, C., "Lesbian and Gay Refugees in Australia: Now that "Acting Discreetly" Is No longer an Option, Will Equality Be Forthcoming?" *International Journal of Refugee Law* 15(4), p."715.

De hecho, este requisito tiene su origen en el desconocimiento de la propia naturaleza de la orientación sexual y/o identidad de género. Si bien es cierto que por miedo a sufrir violencia, discriminación y exclusión muchas personas LGBTI no puedan o no deseen expresar su verdadera orientación sexual y/o identidad de género, esto no implica que pueda obligarse al solicitante de asilo por tales motivos a vivir de acuerdo con una orientación sexual y/o identidad de género que no es la suya⁷⁷¹. Bajo el criterio de discreción exigido por múltiples jurisdicciones subyace la presunción de que la orientación sexual es un comportamiento sexual voluntario y opcional.

La interpretación realizada sobre la cuestión por el ACNUR no deja lugar a dudas: “que un solicitante pueda evitar la persecución por ocultar o por ser discreto sobre su orientación sexual o identidad de género, o que lo haya hecho anteriormente, no es una razón válida para negar la condición de refugiado”⁷⁷². En este sentido, aunque los solicitantes hayan podido hasta ahora lograr evitar el daño a través de la ocultación, sus circunstancias pueden cambiar con el tiempo y puede que el secreto no sea una opción para el resto de su vida⁷⁷³. Además, la posibilidad de ser descubiertos contra su voluntad o por no seguir las normas sociales esperadas, como casarse y tener hijos, constituye un riesgo de persecución que no puede obviarse.

La doctrina especializada se ha mostrado unánime en el rechazo al requisito de discreción. Una de las mayores aportaciones doctrinales sobre la cuestión es el artículo firmado por POBJOY y HATHAWAY, titulado *Queer Cases Make Bad Law*, en el que, presentando un análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido *HJ (Irán) y HT (Camerún)*, subrayan como fundamento esencial para rechazar el requisito de discreción el daño endógeno y los efectos traumáticos que conllevan la represión de la orientación sexual.⁷⁷⁴

⁷⁷¹ Este asunto es abordado en el presente estudio en capítulos posteriores al analizar la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea, en especial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de noviembre de 2013, y la legislación española sobre el derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

⁷⁷²ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*parr.31

⁷⁷³ *Ibidem.* parr.32

⁷⁷⁴ HATHAWAY, J.C.et POBJOY, J. “Queer cases make bad law”. *New York University Journal of International Law and Politics*. N°315. 2011-2012.p 388

El propio ACNUR, en sus Directrices sobre las solicitudes de protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, aborda las consecuencias psicológicas de la represión sexual y de género destacando que “las actitudes, las normas y los valores discriminatorios y de desaprobación pueden tener un efecto grave en la salud mental y física de las personas LGBTI y podrían, en determinados casos, dar lugar a una situación intolerable que equivale a persecución”⁷⁷⁵. Conviene añadir que este mismo criterio ha sido reconocido en la jurisprudencia de los Estados Unidos desde el caso *Pathmakanthan contra Holder*⁷⁷⁶.

6. Cuestiones procesales sobre el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género

El procedimiento de valoración de las condiciones para determinar el reconocimiento del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género suscita una serie de cuestiones de necesario análisis en relación con los asuntos probatorios y la credibilidad del relato del solicitante así que revierten en las garantías que deben acompañar a todo el procedimiento de asilo.

De este modo, uno de los principales desafíos que presenta el procedimiento de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género es la prueba que se exige para valorar la verisimilitud de la solicitud. Los solicitantes LGBTI deben presentar indicios del fundado temor a sufrir persecución por su orientación sexual y/o por su identidad de género. Sin embargo, en muchos de los casos, como señala BERG, en las solicitudes de asilo por tales motivos el medio de prueba principal es el propio discurso del solicitante⁷⁷⁷, sobre todo cuando la persecución es perpetrada por miembros de

⁷⁷⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9. Op.cit.parr.33

⁷⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. *Pathmakanthan contra Holder*, EE.UU., 612 F. 3d 618, 623 (7° Cir. 2010), disponible en inglés en:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d249efa2.html>.. Citado en ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9. Op.cit.parr.33

⁷⁷⁷ BERG, L. “Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants” *Journal of Refugee Studies* 22 (2), p.195-223

la familia o de la comunidad. De acuerdo con el ACNUR, “la entrevista debe ser suficiente para sacar a la luz el relato del solicitante”. Además, en ningún caso debería entenderse aceptable esperar o pedir a los solicitantes pruebas documentales o fotográficas de actos íntimos que pudieran lesionar su derecho a la intimidad personal y familiar⁷⁷⁸.

Dado que la normativa internacional no regula un procedimiento específico para la prueba de la causa, la doctrina *iusinternacionalista* se cuestiona cuál es la autoridad competente para acreditar, y con qué medios, la orientación sexual del solicitante. Compete, en todo caso, a cada Estado establecer en su normativa interna cuales son las prácticas probatorias para determinar la orientación sexual y/o identidad de género del solicitante de asilo y la persecución sufrida por tales motivos. En todo caso, siguiendo a los Principios de Yogyakarta los Estados deberán “asegurarse que ninguna política o práctica discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género”⁷⁷⁹.

En algunos Estados se opta para la evaluación de la solicitud la práctica de un reconocimiento médico, psiquiátrico o psicológico que pueda determinar la orientación sexual e identidad de género. Esta práctica no responde al hecho de que en la actualidad ni la homosexualidad ni la bisexualidad son consideradas como categorías clínicas médicas. Además, como denuncian ONGs y colectivos sociales, dichas evaluaciones producen, en muchas ocasiones, una lesión de la privacidad del solicitante que le puede ocasionar un intenso sufrimiento, especialmente para aquellos solicitantes que se han enfrentado a interrogatorios similares en su país de origen⁷⁸⁰. Recordemos el caso estudiado por MCGHEE, en el que un solicitante de asilo en el Reino Unido, al ser incapaz de aportar testimonios de antiguas relaciones sentimentales, fue requerido por el responsable público a someterse a un reconocimiento médico en el recto anal para “descubrir signos de penetración

⁷⁷⁸ El ACNUR, además, considera inapropiado esperar que una pareja sea físicamente demostrativa en una entrevista como una forma de establecer su orientación sexual. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9. Op.cit.parr.64

⁷⁷⁹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Principios de Yogyakarta*. Op.cit. Principio 23.

⁷⁸⁰ SPIJKERBOER, T. et JANSEN, S. *Fleeing from Homophobia*. Op.cit. p.8.

que pudieran justificar su orientación sexual”.⁷⁸¹ El ACNUR ha denunciado que la prueba médica sobre la orientación sexual del solicitante es una violación de derechos humanos básicos y no debe ser usada⁷⁸².

En relación con los medios de prueba conviene resaltar la escasa credibilidad que se le otorga al relato del solicitante de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. Existe una presunción generalizada de abuso del derecho por parte de las solicitantes que alegan persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género que no se aplica a los solicitantes de asilo por otros motivos. Como ha destacado TÜRK, algunas jurisdicciones exigen en exceso pruebas testificales y documentación como cartas y material fotográfico imposibles de presentar por personas que provienen de países en los que la orientación sexual y la identidad de género es perseguida y estigmatizada⁷⁸³. La excesiva demanda de pruebas que evidencien la persecución y/o la orientación sexual o identidad de género del solicitante colisiona paradójicamente con el requisito de discreción, analizado anteriormente, que se exige en muchos países de asilo.

Además, muchos relatos no son considerados como creíbles porque no existe suficiente información del país de origen que corrobora el ambiente homofóbico o transfóbico. En este sentido, el ACNUR ha subrayado que la falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionada con la situación y el trato de las personas LGBTI no debe automáticamente dar lugar a la conclusión de que la solicitud del solicitante carece de fundamento o que no existe persecución de personas LGBTI en ese país⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ MCGHEE, D. “Assessing homosexuality: truth, evidence and the legal practices for determining refugee status- the Case of Ian Vraciu.” *Body and Society*. N°6 (1), pp.29-50

⁷⁸² Este no es el caso, de acuerdo con el ACNUR, de las pruebas médicas de reconocimiento de cirugías, tratamientos hormonales o características biológicas relacionados con la transición que puedan corroborar el relato de las personas transgénero e intersexuales, siempre que se realicen con las garantías necesarias. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*parr.65

⁷⁸³ TÜRK, V. “Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern”. *Invisible in the City: Urban Protection Gaps Facing Sexual Minorities Fleeing Persecution*, HIAS LGBTI Symposium .Geneva, 20-21 September 2012

⁷⁸⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*parr.66

En la actualidad, no existe ningún modelo oficial de las preguntas y criterios para establecer la verisimilitud del solicitante sobre su orientación sexual y/o identidad de género. En las Directrices sobre protección internacional nº9, el ACNUR presenta unos criterios que deben guiar las entrevistas mantenidas con solicitantes LGBTI⁷⁸⁵:

- En primer lugar, se entiende que “tanto las preguntas abiertas como las específicas que se plantean de una manera no crítica pueden permitir al solicitante explicar su solicitud de una manera no polémica”.
- En segundo lugar, existen unas “áreas útiles” de preguntas que se pueden realizar: sobre la autoidentificación del solicitante como persona LGBTI, sobre su vivencias en la infancia, sobre su autorrealización como persona, sobre sus experiencias de disconformidad con las normas culturales en torno al género o a la sexualidad, sobre sus relaciones familiares, sus relaciones románticas, su relación con la comunidad o sobre sus creencias religiosas.

En todas estas cuestiones la autoridad responsable de realizar la entrevista y la posterior valoración de la solicitud debe superar una serie de ideas preconcebidas y de estereotipos que se aplican de forma inconsciente y generalizada. Entre ellos, debe tenerse en cuenta que:

1. Algunas personas LGB “pueden albergar profundos sentimientos de vergüenza y/o homofobia internalizada que les puede llevar a negar su orientación sexual y/o adoptar conductas verbales y físicas de acuerdo con las normas y los roles heterosexuales”.⁷⁸⁶
2. Las atracciones principales que forman la base de la orientación sexual adulta pueden surgir después de la infancia, igual que del mismo modo muchas personas no adquieren conciencia de su plena identidad de género hasta la adolescencia, la edad adulta temprana o más adelante⁷⁸⁷.
3. El hecho de que un solicitante transgénero no se haya sometido a ningún tratamiento médico u otras medidas para ayudar a que su

⁷⁸⁵ *Ibidem.* parr. 63

⁷⁸⁶ *Ibidem.* parr.63

⁷⁸⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. *Op.cit.*parr.63

aparición exterior coincide con la identidad preferida no se debe considerar como evidencia de que la persona no es transgénero.

4. En caso de que el solicitante LGB esté casado con una persona del sexo contrario, incluso llegue a tener hijos, “si puede brindar una explicación coherente y razonable de por qué él o ella está casado(a) y/o tiene hijos, la parte del testimonio debe considerarse creíble”⁷⁸⁸.

5. La orientación sexual e identidad de género tienen que ver con la identidad de una persona, independientemente de que si la identidad se manifiesta a través de actos sexuales o de relaciones sentimentales estables.

⁷⁸⁸ *Ibidem.* parr.63

SEGUNDA PARTE

**ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO
POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN
SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO
EN EL DERECHO EUROPEO**

CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA

1. El reconocimiento jurídico de la identidad de género y de la orientación sexual en la Unión Europea.

La identidad de género y la orientación sexual en la Unión Europea, como aspectos de la personalidad susceptibles de protección frente a la discriminación y la vulneración de los derechos fundamentales, han experimentado en el Derecho de la Unión Europea procesos de construcción jurídica paralelos pero claramente diferenciados. Mientras el reconocimiento de la identidad de género ha tenido como motor principal la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el reconocimiento de la orientación sexual se ha ido forjando gracias a las disposiciones normativas emanadas de las instituciones de la UE.

En el presente epígrafe se analizan por separado el tratamiento jurídico en la Unión Europea de la identidad de género y la de la orientación sexual para fundamentar las bases, el alcance y el contenido de la protección jurídica tanto de las personas trans e intersexuales como de las personas lesbianas, gays y bisexuales.

1.1. El reconocimiento jurídico de la identidad de género en la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó por primera vez la cuestión de la discriminación por motivo de identidad de género en 1996, en el caso de *P.contra S. y Cornwall County Council*. En este caso el Tribunal de Luxemburgo, rechazando el razonamiento de la parte contraria, del gobierno del Reino Unido e, incluso, de la propia Comisión, entendió que el despido de una mujer transexual, que había pasado por el tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo, vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo

establecido en la Directiva de 1976⁷⁸⁹. Así, el Tribunal estimó que: “la Directiva es expresión del principio de igualdad, uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. A la vista del objeto y de la naturaleza de los derechos que persigue proteger, el contenido de la Directiva también se aplica a la discriminación basada esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona concerniente. Cuando esta discriminación surge, como en el presente caso, de la reasignación del género de la persona, ésta es tratada de modo menos favorable en comparación con las personas del mismo sexo que pertenecía a la persona antes del proceso de reasignación de género”.⁷⁹⁰

Dos casos más permitieron al Tribunal de Luxemburgo consolidar la no discriminación por motivo de identidad de género en base al principio de igualdad de trato por razón del sexo⁷⁹¹. En 2004, en el caso *KB contra NHS Trust Pension* el Tribunal reconoció el derecho de una mujer británica pareja de un hombre transexual a cobrar la pensión correspondiente llegado el momento del fallecimiento de éste⁷⁹². En 2006, en el caso *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, gracias a la demanda de una mujer transexual a la que se le exigía la edad de jubilación correspondiente a los hombres, de 65 años, en vez de la de 60 años prevista para las mujeres, el Tribunal entendió que esta diferenciación era en sí misma discriminatoria y que, por tanto, era contraria al principio de igualdad de trato aplicable a las condiciones laborales de acuerdo con la normativa de la UE.⁷⁹³

El reconocimiento jurídico de la identidad de género en la Unión Europea se ha construido sobre la base de una restrictiva y excluyente identificación del

⁷⁸⁹ La discriminación por razón de sexo tiene su origen en la génesis misma de la UE. El Tratado de 1957 por el que se establecía la Comunidad Económica Europea ya obligó a los Estados miembros a garantizar la igualdad en las condiciones salariales entre mujeres y hombres⁷⁸⁹. En 1976, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, supuso un paso histórico en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea al prohibir la discriminación por razón de sexo en el contexto laboral.

⁷⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto. P. contra S. y Cornwall County Council, C-13/94, [1996] IRLR 347

⁷⁹¹ BELL, M. *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 60. 2012. p.128.

⁷⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto KB contra NHS Trust Pension. C-117/01, (2004) ECR I-541

⁷⁹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto Richards contra Secretary of State for Work and Pensions. C-423/04, (2006) ECR-I-3585.

género con el sexo de la persona⁷⁹⁴. Una identificación que hace sólo extensible la protección jurídica a aquellas personas que han realizado, o están en fase de realizar, el tratamiento de reasignación de género.

Al contrario que con la orientación sexual, la normativa de la UE no ha sido proclive a incluir el motivo de discriminación por motivo de identidad de género de forma explícita.⁷⁹⁵ El primer paso hacia esta inclusión explícita lo encontramos en el preámbulo de la Directiva de Igualdad de Género de 2006 que establece que: “el Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona”.⁷⁹⁶ El Tratado de Lisboa, en esta misma línea, no ofrece una protección explícita frente a la discriminación por motivo de identidad de género. Como se destaca en un epígrafe posterior, en todas las disposiciones en las que hace mención a la prohibición de discriminar, o a la obligación de luchar contra la exclusión social y la discriminación, el Tratado de Lisboa se refiere al motivo del sexo y no al de identidad de género⁷⁹⁷.

Aunque circunscrita al ámbito laboral, la protección jurisprudencial de la personas transexuales en base al principio de discriminación por razón del sexo ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos de un colectivo que ha sufrido, y sigue sufriendo, una violación sistemática de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, y un elevado grado de discriminación y de

⁷⁹⁴ Para entender el concepto de identidad de género, es importante distinguir entre la noción de “sexo” y “género”. Mientras “sexo” se refiere, en primer lugar, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, “género” también incluye el aspecto social de la diferencia entre los géneros en adición al elemento biológico. CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Estrasburgo, 29 de julio de 2009. CommDH/IssuePaper(2009)2. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>. Introducción. p.5.

⁷⁹⁵ BELL, M. Op.cit. p. 130.

⁷⁹⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) DO L 204 de 26.7.2006, p. 23/36.

⁷⁹⁷ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 6655/7/08. REV 7. Artículos 10 y 19.

estigmatización social. Tal protección ha implicado, además, el expreso reconocimiento de que el género de una persona no queda delimitado únicamente por el sexo biológico que la persona adquiere al nacer⁷⁹⁸.

Sin embargo, para que la construcción jurídica de la identidad de género sea realmente inclusiva y transformadora ésta debe desafiar los parámetros sociales tradicionales del género binario e incluir el abanico de identidades⁷⁹⁹ que trasciende a la normativizada distinción entre mujer y hombre⁸⁰⁰. En este sentido, como denuncia el Informe del antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa titulado Derechos Humanos e Identidad de Género de 2009,⁸⁰¹ “muchos marcos legales en Europa parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad [...] entre las que se incluyen a cross-dresser, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de “hombre” o “mujer”.

Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género de 2007⁸⁰² entienden, desde una óptica más amplia, la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

⁷⁹⁸ SALAZAR BENÍTEZ, respecto a la concepción de la identidad de género menciona que se trata de una evidente proyección del libre desarrollo de la personalidad y de la concepción de la identidad como proceso. SALAZAR BENÍTEZ O. La deconstrucción de la ciudadanía heteropatriarcal. VVAA. Cords BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO.V.L, Derecho y Política de las Sexualidades. Huygens. Ed. 2013. p.115.

⁷⁹⁹ WHITTLE se refiere al “transgender umbrella” inclusivo de todas las identidades más allá de la concepción binaria, masculina o femenina, del género. BELL, M. Op.cit. p.134

⁸⁰⁰ En una lectura post-feminista del género, BORRILLO entiende *que más que feminizar el Derecho se trata de hacerlo indiferente al género*. BORRILLO, D.A., Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino. VVAA. Cords BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO.V.L, Derecho y Política de las Sexualidades. Huygens. Ed. 2013. p.55.

⁸⁰¹ CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Op.cit. para. 3.6.

⁸⁰² COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf p.6

De este modo, la construcción jurídica de la identidad de género debe ser capaz de ofrecer una protección basada en un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo⁸⁰³. Una construcción jurídica que garantice la protección tanto de las personas transexuales operadas como de aquellas que por el ejercicio de su libertad, por razones médicas o por falta de recursos, deciden no someterse al tratamiento médico o quirúrgico de reasignación de género. Además, debe incluir la discriminación por motivo de *expresión de género*, abarcando la no discriminación tanto por razón de la vestimenta, la forma de hablar o los modales de la persona con independencia de su sexo. Por último, con independencia de su género, debe extenderse la protección a aquellas personas intersexuales que nacen con caracteres biológicos pertenecientes a ambas categorías sexuales⁸⁰⁴.

Para garantizar una protección jurídica efectiva frente a la discriminación por motivo de identidad de género, la UE debe desarrollar una construcción de la identidad de género más amplia e inclusiva fundamentada en el reconocimiento auténtico de la autonomía individual y de la dignidad y en el respeto a los derechos fundamentales que, *en cuanto personas*, les son inherentes.⁸⁰⁵

Esta parece ser la línea que comienza a reconocerse en la reciente legislación de la Unión Europea. Así, como se observa en un epígrafe posterior, las Directivas reguladoras de la protección internacional extienden el reconocimiento del derecho de asilo a las personas perseguidas por su identidad de género. La Directiva 2012/29/UE, por su parte, que establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas

⁸⁰³ Es por ello que la lucha por la no discriminación por razón del género, como argumenta BELL, debe implicar en sí misma la deconstrucción de las normas sociales y jurídicas vinculadas a la concepción tradicional del género para poder así incluir la protección de aquellos cuya voluntad trascienda los límites estrictos del género binario prefiriendo vivir su identidad de género de una forma más libre y fluida o, incluso, de forma independiente al género rechazando cualquier tipo de categorización normativa. BELL.M. Op.cit. p 135.

⁸⁰⁴ Alemania ha modificado en mayo de 2013 la legislación sobre el Registro Civil permitiendo, a partir de noviembre del mismo año, la inscripción bajo “sexo indeterminado” lo que ha supuesto un avance en el reconocimiento de las personas intersexuales y un desafío para la legislación de la UE en esta materia. <http://www.spiegel.de/international/germany/third-gender-option-to-become-available-on-german-birth-certificates-a-916940.html>

⁸⁰⁵ La protección jurídica de las personas trans en base a la dignidad y libertad que les son inherentes, con independencia de su sexo, puede encontrar sustento jurisprudencial en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea P. contra S. y Cornwall County Council, C-13/94, [1996] IRLR 347, en la que estimó que: “*tolerar este tipo de discriminación implica fracasar en el respeto a la dignidad y libertad a de la persona y a la obligación del Tribunal de protegerlas*”.

de delitos, explícitamente menciona como causas de discriminación la identidad de género y la expresión de género.

1.2. El reconocimiento jurídico de la orientación sexual en la Unión Europea

El reconocimiento de la orientación sexual como causa de discriminación por el Derecho de la Unión Europea no es obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ocurre con la identidad de género, sino del reconocimiento explícito por la obra legislativa de la Unión desde mayo de 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

Un año antes, en 1998, en el asunto *Grant v. South-West Trains*, en el que una trabajadora de una empresa de trenes solicitaba la extensión de los beneficios de viaje libre de costes a su pareja del mismo sexo, el Tribunal de Luxemburgo estimó que no existía discriminación por razón de sexo, la única que podría en esa fecha ser aplicada, prohibida en la Directiva de igualdad de trato de 1976, en base al argumento de que si se tratara de un trabajador hombre tampoco podría solicitar la extensión de tales beneficios a su pareja del mismo sexo.⁸⁰⁶ Con este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cerró la vía para argumentar la defensa de la igualdad de las personas lesbianas, gays y bisexuales a través de la extensión del principio de no discriminación por razón del sexo⁸⁰⁷ en contra de la opinión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en el caso *Toonen v. Australia* de

⁸⁰⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto *Grant v. South-West Trains*. C-249/96 (1998) ECR I-621

⁸⁰⁷ En el asunto *D, y el Reino de Suecia contra el Consejo de la Unión Europea* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denegó la extensión de los beneficios conyugales a una pareja del mismo sexo, incluso a pesar de estar inscritas en el registro de parejas de hecho y de mantener una convivencia estable y análoga a la del matrimonio, al no entender aplicable el principio de no discriminación por razón de sexo. Así estimó en la sentencia que: “El hecho de que el funcionario sea un hombre o una mujer es indiferente desde el punto de vista de la concesión de la asignación familiar. La disposición pertinente del Estatuto, que reserva la asignación al funcionario casado, no puede, por tanto, considerarse discriminatoria en función del sexo del interesado, ni, en consecuencia, contraria a artículo 119 del Tratado. Por lo que se refiere a la vulneración de la igualdad de trato entre los funcionarios en razón de su orientación sexual, debe señalarse que tampoco el sexo del compañero constituye el requisito de concesión de la asignación familiar, sino la naturaleza jurídica de los vínculos que le unen al funcionario.” TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. C-122/99 (2001) ECR I-4319.

1994 ya había estimado que la prohibición de discriminación por razón de sexo, establecida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluía la prohibición de discriminar por motivo de orientación sexual⁸⁰⁸.

El Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, posibilitó, por primera vez tras cuatro décadas de existencia, a la entonces Comunidad Europea la lucha contra la discriminación por motivo de orientación sexual convirtiéndose en el primer instrumento jurídico internacional en hacer mención explícita a la protección de la personas contra la discriminación por el citado motivo. En su artículo 2.7 introdujo el siguiente enunciado que modificaba el artículo 6.A del Tratado de la Unión Europea: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Esta disposición normativa sirvió de base jurídica para que el Consejo aprobara en noviembre de 2000 la Directiva de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación cuyo objeto es la lucha contra la discriminación por motivos religiosos, de discapacidad, de edad o de *orientación sexual* en el ámbito laboral. Además, en diciembre del mismo año 2000, los Estados miembros firmaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 21 establece de forma explícita la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual. Como se destaca en un epígrafe posterior del presente estudio, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, la Unión Europea se compromete a combatir contra la exclusión social y la discriminación por motivo de orientación sexual y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere naturaleza de tratado, dotando a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual el carácter jurídicamente vinculante.

⁸⁰⁸NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

La línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido evolucionando a medida que las normas del Derecho de la UE introducían la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual⁸⁰⁹. El punto de inflexión se produjo con el asunto *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*⁸¹⁰ concerniente a la extensión de la prestación social de la pensión de supervivencia a una pareja formada por dos hombres tras el fallecimiento de uno de ellos. El Tribunal estimó que se debía garantizar el derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia.

De acuerdo con esta sentencia, los Estados miembros que aún no reconocen el derecho a contraer matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo⁸¹¹, en función del principio de no discriminación por motivo de orientación sexual establecido en la Directiva 2000/78/EC de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, están obligados a extender el derecho a la pensión de supervivencia a las parejas del mismo sexo siempre que se encuentren en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia, correspondiendo a los Estados miembros comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario.⁸¹²

⁸⁰⁹ BELL. M. Op.cit. p.139.

⁸¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Asunto Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen C-267/06 (2008) [1]*

⁸¹¹ Los Estados miembros que reconocen el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo son Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Portugal y Suecia. Se reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y República Checa. ILGA-Europe

Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe. 2013. Disponible en: http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports_and_other_materials/rainbow_europe

⁸¹² En 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consolidado esta línea jurisprudencial en asunto *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg* por la que ha estimado que una pensión de jubilación complementaria al compañero de una pareja de hecho o de una unión civil formada por personas del mismo sexo que sea inferior a aquella otorgada en un matrimonio de personas del sexo opuesto puede constituir discriminación por motivo de orientación sexual cuando la legislación nacional civil equipara los efectos jurídicos de ambos regímenes civiles y cuando no permita celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Asunto Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg C-147/08 (2011)*.

A pesar del reconocimiento explícito de la orientación sexual en el Derecho de la Unión Europea, ninguna disposición normativa explica el contenido material y el alcance del término orientación sexual. Para comprender el significado que a la orientación sexual le otorga la Unión Europea debemos remitirnos a una reciente encuesta publicada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en mayo de 2013 sobre la situación de las personas LGBTI en Europa. En ella, la Agencia de los Derechos Fundamentales, siguiendo los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, define el concepto de orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.⁸¹³

La orientación sexual de las personas es uno de los elementos más íntimos y al mismo tiempo más vitales de las personas⁸¹⁴. Ninguna persona puede ser discriminada por motivo de su orientación sexual y ninguna persona puede ser obligada a revelar o compartir su orientación sexual en contra de su voluntad.

El reconocimiento jurídico de la orientación sexual debe, en primer lugar, incluir los tres elementos principales que la definen: la preferencia, el comportamiento y la vinculación con otras personas, tanto a nivel afectivo como erótico. Cada uno de estos tres elementos, el preferencial, el conductual y el relacional de la orientación sexual, han sido reconocidos como susceptibles de protección frente a la discriminación por motivo de orientación sexual por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸¹⁵ El Tribunal de Justicia de la UE, además, ha reconocido el elemento relacional de

⁸¹³ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Estadística de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*. Mayo 2013. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/survey/2012/eu-lgbt-survey>

⁸¹⁴ WAALDIJK, C. y BONINI-BARALDI, M.T. *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive* The Hague: T.M.C. Asser Press. (2006).p.213.

⁸¹⁵ *Ibidem*. p.214. En la mayoría de los Estados miembros el concepto de orientación sexual incluido en el marco jurídico de la UE parece interpretarse no solo en base a la preferencia sexual sino también al comportamiento y a las relaciones (entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto).

la orientación sexual tanto en el asunto *Maruko* como en el asunto *Römer* al reconocer la igualdad de derechos entre parejas formadas por personas de distinto sexo como por parejas formadas por personas del mismo sexo.

Pero, además, para que el reconocimiento jurídico de la orientación sexual por la Unión Europea garantice una protección eficaz en relación con su propósito y efectiva respecto a las necesidades reales de las personas lesbianas, gays y bisexuales, ésta debe sustentarse sobre una arquitectura básica formada por tres pilares. En primer lugar, tomando la igualdad como valor fundamental, la construcción jurídica debe asentarse sobre el principio de no discriminación en las tres dimensiones implícitas en la orientación sexual. En segundo lugar, considerando la orientación sexual como un elemento esencial de la esfera íntima de la persona, la construcción de ésta debe residir sobre la protección del derecho a la vida privada y familiar. Por último, partiendo del reconocimiento de la autonomía de la persona, la construcción jurídica de la orientación sexual debe basarse en el respeto al libre desarrollo de la personalidad para que ésta, en el ejercicio de tal autonomía, pueda elegir libremente la forma en la que quiere vivir, desarrollar y expresar su sexualidad.

2. El trabajo de las Instituciones de la Unión Europea en la protección de los derechos de las personas LGBTI.

2.1. La labor de la Comisión protección de los derechos de las personas LGBTI

La Comisión tiene un destacado papel en la protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en la Unión Europea. Recordemos que, en primer lugar, entre sus principales funciones la Comisión tiene el *derecho de iniciativa*, es decir que puede proponer nueva legislación para proteger los intereses de la UE y los de sus ciudadanos. Esta capacidad de poner en funcionamiento la maquinaria legislativa en la UE opera dentro de los límites impuestos por dos principios básicos del Derecho de la UE. Por una parte, en base al principio de atribución de competencias, la Comisión solo puede proponer nueva normativa en aquellas materias sobre las que la UE tenga competencia atribuida por los Estados miembros. Por otra parte, en base

al principio de subsidiariedad, a menos que se traten de competencias exclusivas de la Unión, la Comisión solo interviene en aquellas cuestiones que no puedan tratarse de manera eficaz a nivel nacional, regional o local.⁸¹⁶

Haciendo uso de este derecho de iniciativa, fue la Comisión la responsable de presentar la propuesta de Directiva⁸¹⁷ al Consejo en junio de 2000, que analizamos posteriormente, aprobada en noviembre del mismo año, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por la que se prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad y de *orientación sexual* en el ámbito del empleo y la ocupación.⁸¹⁸ A propuesta también de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron en 2012 la Directiva por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En esta Directiva se establece la obligación de reconocer y de tratar a las víctimas de violaciones de derechos individuales de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos, entre otros, del el sexo, la expresión de género, *la identidad de género o la orientación sexual*.⁸¹⁹

Además, la Comisión también ha ejercido un papel activo en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual al presentar en 2008 una propuesta de Directiva al Consejo de la Unión Europea con el objeto de aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del

⁸¹⁶UNION EUROPEA, Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. D.O.U.E. C 83/13. 30.3.2010

El artículo 5, apartado tercero, dispone que: *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*

⁸¹⁷COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DO C 177 E de 27.6.2000.

⁸¹⁸CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 27 de noviembre de 2000. DOCE n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022. Artículo 1.

⁸¹⁹PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 25 de octubre de 2012. DOUE L 315/57 14.11.2007. Considerando n° 9.

contexto laboral⁸²⁰. Sin embargo, no todos los esfuerzos de la Comisión contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género logran cristalizarse en una norma. La propuesta de la Comisión debe pasar dos filtros; el del Parlamento y el del Consejo, aún más restrictivo. En la actualidad esta propuesta de Directiva aún no ha sido aprobada por falta de voluntad política de algunos Estados miembros. Conviene recordar que para su adopción es necesaria la unanimidad en el Consejo. En este sentido, la propia Vicepresidenta de la Comisión y Comisaria de Justicia Viviane REDING, ha denunciado la necesidad de un mayor esfuerzo por parte de los Estados miembros para desbloquear las existentes negociaciones sobre la propuesta⁸²¹.

En segundo lugar, como *guardiana de los Tratados*, la Comisión tiene la función de comprobar que todos los Estados miembros aplican la legislación de la UE correctamente. En caso de que considere que un gobierno nacional no lo esté haciendo, puede requerirle que actúe de acuerdo al Derecho de la UE y, en última instancia, remitir la cuestión al Tribunal de Justicia para que resuelva el conflicto y establezca las sanciones oportunas. Además, desde que con el Tratado de Lisboa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiriera naturaleza jurídica vinculante, la Comisión tiene la responsabilidad de vigilar que toda propuesta normativa sea acorde con los derechos fundamentales en ella previstos. En este sentido, es responsable de garantizar que los Estados miembros transpongan la normativa de la UE a sus legislaciones nacionales respetando los derechos fundamentales establecidos en la Carta, pudiendo requerir la correcta transposición mediante los *procedimientos de infracción*.

El ejercicio de esta función, ha llevado a la Comisión a requerir a los Estados miembros que apliquen la Directiva de libre circulación y residencia sin vulnerar el principio de no discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual establecido en el artículo 21 de la Carta.⁸²² Por ello, la Comisión inició un

⁸²⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Bruselas, 2.7.2008 COM(2008) 426 final . 2008/0140

⁸²¹ REDING. V, Vicepresidenta de la Comisión Europea, Comisaria de Justicia. *The Commission's actions are making LGBT rights reality*. 1st International Day Against Homophobia and Transfobia. 17 de mayo de 2013.p. 4

⁸²² PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. DIRECTIVA 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en

procedimiento de infracción en 2009⁸²³ contra Malta por negarse a reconocer el derecho de libertad de circulación y residencia por el territorio de la UE a las parejas y matrimonios del mismo sexo al considerar estas uniones contrarias al *orden público nacional*. Las presiones ejercidas por la Comisión, entre ellas la amenaza de recurrir ante el Tribunal de Justicia, provocaron la modificación de la legislación maltesa para garantizar que las parejas del mismo sexo, sean parejas de hecho, uniones civiles o matrimonios, formadas por al menos un ciudadano de la Unión Europea, puedan viajar o residir libremente en su país en igualdad de condiciones a aquellas garantizadas a las parejas formadas por personas de distinto género.

La aplicación de la misma Directiva de acuerdo con el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual hizo que la Comisión se enfrentara a Polonia en 2011 al negarse a expedir certificados de estado civil a ciudadanos europeos que querían o que ya habían formalizado uniones civiles o matrimonios con otras personas del mismo sexo. La Comisión consideró que tal práctica administrativa vulneraba tanto el derecho al respeto a la vida privada y familiar como el principio de no discriminación por motivo de orientación sexual regulados en los artículos 7 y 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Como resultado de la actuación de la Comisión, la legislación polaca fue modificada.⁸²⁴

En tercer lugar, como órgano responsable de la gestión y asignación de los fondos de la UE, la Comisión gestiona los fondos que se dedican a la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI y a financiar los programas y actividades en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. La Comisión ha financiado estudios y comunicaciones al Parlamento Europeo y al Consejo en relación con las

el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. 29 de abril de 2004. DOUE L158/ 77 30.04.2004. En el Considerando n° 31 expone que: *“de conformidad con la prohibición de discriminación que contiene la Carta, los Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la misma sin discriminar entre los beneficiarios de la presente Directiva por razones como el sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

⁸²³ COMISIÓN EUROPEA. Procedimiento de Infracción. IP/11/981 destinado a exigir el cumplimiento del derecho de los cónyuges del mismo sexo y las parejas registradas del mismo sexo a reunirse con sus parejas, ciudadanos de la UE, y residir con ellas en Malta.

⁸²⁴ REDING. V, Vicepresidenta de la Comisión Europea, Comisaria de Justicia. *Op. Cit.* p. 4

cuestiones LGBTI como es el *Informe Temático sobre Discriminación contra las personas transexuales e intersexuales por motivos de sexo, identidad de género y expresión de género* de 2011⁸²⁵.

Además, la Comisión presentó en noviembre del mismo año la propuesta del Programa de los Derechos Fundamentales y la Ciudadanía⁸²⁶ para el período 2014 a 2020 como parte del próximo marco financiero plurianual de la Unión Europea. Con un presupuesto de 387 millones de euros, este programa puede llegar a jugar un papel relevante en la aplicación efectiva de los derechos de las personas LGBTI ya que entre sus objetivos se encuentra la promoción de los principios de no discriminación por raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u *orientación sexual*⁸²⁷.

2.2. El papel del Parlamento Europeo en la protección de los derechos de las personas LGBTI

El Parlamento Europeo, como representante de la ciudadanía en la Unión Europea, ha sido la institución pionera en denunciar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y en mantener una conciencia política activa respecto al papel de la UE en la protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

En 1994, el Parlamento Europeo adoptó una resolución, base de todo el trabajo posterior de la UE en materia de derechos de las personas LGBTI, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la

⁸²⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Thematic report on discrimination against trans and intersex people on the grounds of sex, gender identity and gender expression*. 10.2011. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4fdedde32.pdf>

⁸²⁶ COMISIÓN EUROPEA. Comunicado de Prensa. La Comisión refuerza los ámbitos de la justicia y de los derechos fundamentales en los futuros presupuestos de la UE. 15 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.guiafc.com/images/pdfs/2011-IP-1349.pdf> El programa pretende mejorar el conocimiento y la aplicación de los derechos fundamentales en la UE a través de la realización de informes y estudios, de actividades de formación y capacitación, de cooperación y sensibilización y mediante la ayuda a los Estados miembros en la aplicación de la legislación de la UE.

⁸²⁷ *Ibidem*. Aunque no hace mención explícita a la discriminación por motivo de identidad de género sí que establece como objetivo la promoción de la igualdad de género, en la que debería quedar incluida la identidad de género.

Comunidad Europea⁸²⁸. Esta resolución, siguiendo al conocido *Informe Roth* del Comité de Libertades Civiles, llamaba a los Estados miembros a despenalizar los actos homosexuales, a requerir la misma edad para el consentimiento en los actos sexuales independientemente de la orientación sexual, a prestar los mismos beneficios sociales, a adoptar legislación contra la discriminación, a permitir el acceso al matrimonio o a regímenes civiles equivalentes y a garantizar la igualdad de derechos en materia de adopción⁸²⁹.

Desde entonces, el Parlamento Europeo ha adoptado múltiples resoluciones denunciando los altos índices de homofobia en Europa y la responsabilidad de las instituciones y de los Estados miembros de combatirla⁸³⁰. En este último sentido, se posicionó en enero de 2011 contra Lituania por vulnerar la libertad de expresión de las personas LGBTI.⁸³¹

Por otra parte, el Parlamento Europeo ha ejercido un papel clave en la inclusión de los derechos de las personas LGBTI en la acción exterior de la Unión Europea y, particularmente, en su política de promoción internacional de los derechos humanos.⁸³² En relación con el acceso de nuevos Estados miembros a la UE, el Parlamento expresó mediante resolución de 1998 sobre la

⁸²⁸ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 8 de febrero de 1994 sobre la Igualdad de Derechos de los Homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea. No A3-0028/94. Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1994:061:0020:0054:ES:PDF>.

⁸²⁹ PARLAMENTO EUROPEO. (DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS) *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. p.18.

⁸³⁰ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 18 de enero de 2006 sobre la homofobia en Europa OJ C 74 E. Resolución de 15 de junio de 2006 sobre el incremento de violencia racista y homófoba en Europa. OJ C 300 E. Resolución de 26 de abril de 2007 sobre homofobia en Europa, OJ C 74 E. Resolución de 24 de mayo de 2012 sobre la lucha contra la homofobia en Europa.2012/2657(RSP). Disponibles en: <http://www.europarl.europa.eu/>

⁸³¹ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 19 de enero de 2011 sobre la violación de la libertad de expresión y la discriminación por motive de orientación sexual en Lituania.. OJ 2012 C 136. Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:136E:FULL:ES:PDF>

⁸³² PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas. P7_TA(2011)0427. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//ES> Resolución de 18 de abril de 2012 relativa a los derechos humanos en el mundo y la política de la UE en este ámbito, incluidas las implicaciones para la política estratégica de la UE en materia de derechos humanos P7_TA(2012)0126.

igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE que “no prestaría su consentimiento al acceso de ningún país en el que, a través de la legislación o de las políticas, se vulneren los derechos de las lesbianas y los gays”.⁸³³ Además, el Parlamento Europeo en su conjunto manifestó en diciembre de 2011 su posicionamiento en contra de la homofobia y transfobia existente en Rusia requiriendo que fuera un tema a tratar en la Cumbre UE-Rusia que se celebró el mismo mes.⁸³⁴

El compromiso político que los eurodiputados otorgan a la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género ha quedado cristalizado en la formación de un intergrupo parlamentario a los efectos de promover los derechos de las personas LGBTI⁸³⁵. Constituido como un foro informal, integrado actualmente por 153 eurodiputados, la relevancia del Intergupo LGBTI radica en su utilidad como foro donde los eurodiputados de diferentes colores y banderas debaten, interactúan con los representantes del colectivo y de la sociedad civil, revisan la legislación y la jurisprudencia de la UE y construyen el que, a posteriori, será el posicionamiento del Parlamento en las diferentes cuestiones LGBTI tanto dentro como fuera de nuestras fronteras.⁸³⁶ En este sentido, las actuaciones del Intergupo en la promoción de los derechos fundamentales de las personas LGBTI fueron decisivas para la modificación en 2009 de la controvertida y discriminatoria ley de Protección de

⁸³³ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 17 de septiembre de 1998 sobre la igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE. No B4- 0824 and 0852/98. Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:313:0123:0225:ES:PDF>

⁸³⁴ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución, de 14 de diciembre de 2011, sobre la próxima Cumbre UE-Rusia que se celebrará el 15 de diciembre de 2011 y el resultado de las elecciones a la Duma celebradas el 4 de diciembre de 2011 P7_TA(2011)0575. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0575&language=ES>

⁸³⁵ Los cinco ámbitos prioritarios de su trabajo son: la libertad de circulación de las personas LGTB, la supervisión del trabajo de la Comisión Europea, la lucha contra la discriminación en la Unión Europea, la protección de los derechos de las personas transgénero y la vigilancia de los derechos humanos en el trabajo de la Unión Europea. <http://www.lgbt-ep.eu/category/parliamentary-work/>

⁸³⁶ El Intergupo recuerda a otros países su deber de proteger los derechos de las personas LGBTI, como en los países candidatos a la UE, los países de la Política Europea de Vecindad y otros terceros países como los países de África, del Caribe y del Pacífico, países ACP. Página web del Intergupo del Parlamento Europeo sobre derechos de las personas LGBTI. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/category/parliamentary-work/>

los Menores de Lituania así como para el reconocimiento en junio de 2010 del matrimonio entre personas del mismo sexo en Portugal⁸³⁷.

El Intergupo también ha denunciado recientemente el incremento de homofobia y de transfobia en la legislación rusa requiriendo a las instituciones que aborden la cuestión en sus relaciones con Rusia. Conviene recordar que con la ley de Agente Extranjero y con las recientes modificaciones del Código de Ofensas Administrativas, que incluyen sanciones por hacer propaganda a menores de “relaciones sexuales no tradicionales”⁸³⁸, se han prohibido manifestaciones por el día del orgullo LGBTI en Moscú y otras ciudades, impuesto sanciones a ciudadanos, grupos y organizaciones de derechos humanos⁸³⁹ y denegado el registro a ONGs defensoras de los derechos de las personas LGBTI por ser consideradas “agentes extranjeros”. Los miembros del Intergupo han declarado que la nueva legislación rusa supone un ataque a la democracia, al Estado de Derecho y al respeto a los derechos humanos y han requerido al Consejo de Ministros del Consejo de Europa que considere la suspensión del derecho a voto de Rusia en la organización de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto⁸⁴⁰.

⁸³⁷ *Ibidem*.

⁸³⁸ De acuerdo con el nuevo artículo 6.21 del Código de Ofensas Administrativas de la Federación Rusa modificado el 30 de junio de 2013 se entiende por propaganda: el acto de distribución entre menores que se destina a crear actitudes sexuales no tradicionales, que hace relaciones sexuales no tradicionales atractivas, que iguala el valor social de las relaciones sexuales tradicionales con las no tradicionales o que crea un interés en las relaciones sexuales no tradicionales.

⁸³⁹ Bajo esta nueva normativa, la ONG defensora de los derechos de las personas LGBTI *Coming Out* fue obligada al cierre y sancionada con multa de 11.400 euros a la entidad y de 6.800 euros a su director. Numerosas otras ONGs han sido denunciadas o multadas. Esta normativa ha conducido a un incremento de ataques violentos contra las minorías étnicas y contra las personas LGBTI. <http://www.policymic.com/articles/58649/russia-s-anti-gay-law-spelled-out-in-plain-english>

⁸⁴⁰ PARLEAMENTO EUROPEO. Intergroup on LGBT rights. Nota de prensa: Hold Putin to account at G20 and Council of Europe. 30 de Agosto de 2013. Disponible en: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/hold-putin-to-account-at-g20-and-council-of-europe/>

2.3. La labor de la Agencia de Derechos Fundamentales en materia de orientación sexual e identidad de género

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA o Agencia) fue creada en 2007, recogiendo el testigo del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, con el objetivo de brindar asistencia y asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones y órganos comunitarios y a los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación del Derecho de la UE.⁸⁴¹ La Agencia responde al mandato de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuyo preámbulo establece como objetivo reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La FRA comenzó su trabajo en materia de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género siguiendo una petición específica del Parlamento Europeo en 2007. Desde el anterior Marco Plurianual 2007-2012 la protección de los derechos de las personas LGTB es una de las líneas de actuación prioritarias de la Agencia.⁸⁴²

En junio de 2008, la Agencia publicó su primer informe “Homofobia y Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en los Estados miembros- Parte 1- Análisis Legal” en el que examinó la situación de la homofobia en los entonces 27 Estados de la UE mediante un análisis comparativo de las disposiciones normativas y de la jurisprudencia en cada uno de ellos. Resulta de interés destacar como el informe incluyó una serie de medidas de “buenas

⁸⁴¹ CONSEJO. Reglamento [168/2007](#) por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 2. DOUE. L 53/1 22.2.2007

⁸⁴² Sin lugar a dudas, el asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género constituye uno de esos desafíos que se presentan a un mecanismo, todavía novedoso, como es la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión, por la importancia que tiene la pedagogía en materia de derechos humanos en el ámbito que nos atañe, en la línea de lo postulado por SINOUE, D. « Premier bilan d'activité de l'Agence des droits fondamentaux : enjeux et défis d'un nouveau mécanisme de suivi des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Droits fondamentaux*, n° 9, janvier-décembre 2012, (www.droits-fondamentaux.org).

prácticas” e iniciativas para la promoción de la inclusión y de la protección de las personas LGBT⁸⁴³.

Este informe incluye un estudio más pormenorizado del marco legislativo general con respecto a la orientación sexual y a la identidad de género en el contexto del asilo y la protección subsidiaria. De acuerdo a lo establecido en su análisis de conformidad con lo dispuesto por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Art.1A(2)) y por la Directiva 2004/83/CE del Consejo, las personas LGBT que piden asilo en los Estados miembros debido a la persecución por motivos de orientación sexual, podrán ser reconocidas como refugiados pertenecientes a «un determinado grupo social»⁸⁴⁴.

El análisis subraya que, según los datos disponibles, se ha concedido asilo a personas LGBT en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Polonia, Portugal, España, Suecia, la República Checa y el Reino Unido mientras que en algunos Estados miembros (por ejemplo Chipre, Francia, Alemania y Eslovaquia) no existen cifras oficiales, y las autoridades de inmigración de Estonia y Letonia afirman que no ha habido ninguna solicitud de asilo por estos motivos.

En otros Estados miembros los datos indican la existencia de varios casos. En Bélgica se tramitaron al menos 116 casos en 2006 (y se concedió el estatuto de refugiado a 33 personas) y al menos 188 en 2007 (concediéndose el estatuto de refugiado a 60 personas). En Suecia, la *Migrationsvärdet*, Junta de Migración, calculó en 2002 el número de solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual o identidad de género en aproximadamente 300 al año. El Parlamento Sueco decidió, en 2005, que se podría reconocer la condición de refugiados a las personas que sufrirían riesgo de persecución por razón de su identidad o preferencia sexual (Ley Gubernamental 2005/06:06)⁸⁴⁵.

⁸⁴³ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “*Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*.” <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-eu-member-states-part-i> Junio 2008.

⁸⁴⁴ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “*Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UE – Parte I: La situación jurídica*”. 2008. pp. 83-98.

⁸⁴⁵ *Ibidem*. p. 85.

Al año, en junio de 2009, la FRA publicó como continuación al anterior el segundo informe “Homofobia y Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género en los Estados miembros: Parte 2- La Situación Social” en donde presentó un análisis comparativo sobre las medidas adoptadas por los Estados en la protección de los derechos sociales y económicos de las personas LGTB.⁸⁴⁶ Los dos elementos principales de este valioso estudio en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género son:

- Por una parte, ha servido como instrumento de denuncia del elevado grado de discriminación, acoso y violencia existentes en todo el territorio de la UE contra las personas LGTB.
- Por otra, establece una serie de recomendaciones a los operadores legislativos de los Estados miembros para mejorar la legislación en materia de igualdad y asegurar mecanismos de control apropiados.

En materia de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género el Informe introduce una serie de denuncias, recomendaciones y buenas prácticas para mejorar tanto el reconocimiento de las personas perseguidas como el procedimiento para la concesión del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria. Denuncia la Agencia que las personas LGBT *tropiezan con especiales dificultades en el proceso de solicitud de asilo*, ya que la información de carácter íntimo, sexual o tabú puede ser difícil de exponer abiertamente a las autoridades públicas. Además, añade, con frecuencia ni el personal ni las técnicas de entrevista tienen en cuenta esta dificultad⁸⁴⁷.

Destaca, por otra parte, el conocimiento *insuficiente y superficial* que tienen las autoridades sobre las condiciones en las que las personas LGBT tienen que vivir en sus países de origen necesario para la determinación de la condición de refugiado⁸⁴⁸. Además, también denuncia que varios solicitantes de

⁸⁴⁶ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. “*Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation*”. <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender-identity-eu>. Junio 2009.

⁸⁴⁷ *Ibíd*em p. 119

⁸⁴⁸ *Ibíd*em p. 120

asilo LGBT fueron rechazados bien porque su reivindicación de orientación homosexual se consideró poco fiable, “bien porque se supuso que podrían vivir en su país de origen «privadamente» como homosexuales (es decir, permaneciendo «dentro del armario»)»⁸⁴⁹.

Por último, subraya la situación de los solicitantes de asilo en los centros de detención en donde *carecen a menudo de información y pueden experimentar aislamiento social y abusos a causa de su orientación sexual o identidad de género.*⁸⁵⁰ Entre las buenas prácticas que recoge el Informe son:

- Que un miembro del personal se ocupe exclusivamente de las solicitudes de asilo basadas en el género o la orientación sexual como ocurre en Bélgica, en la Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (Comisaría General para los Refugiados y Apátridas) donde, además, se han elaborado unas directrices relativas a las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual⁸⁵¹.
- Que las asociaciones en defensa de los derechos de las personas LGBT tengan presencia en los centros de asilo como sucede en Suecia, en donde la *Riksförbundet För Sexuellt Likaberättigande* (RFSL), Federación Sueca por los Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Personas Transgénero, se hace visible en los centros de asilo, distribuyendo folletos en varios idiomas en los que se describen las posibilidades de asesoramiento para personas LGBT, el procedimiento de solicitud de asilo, el asilo en relación con la orientación sexual y la identidad de género y los derechos de las personas LGBT. La RFSL también ofrece asesoramiento.⁸⁵²
- Que no se obligue a los solicitantes de asilo en vivir en centros de acogida. Así, pone como ejemplo el caso sueco en el que la Migrationsverket, Junta de Migración sueca, puede proporcionar alojamiento alternativo. Además, los solicitantes de asilo pueden

⁸⁴⁹ *Ibidem.*

⁸⁵⁰ *Ibidem.*

⁸⁵¹ A. DEWAELE, D. PATERNOTTE. “*Thematic Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation*”, Belgium. Abril 2008, disponible en <http://www.fra.europa.eu>

⁸⁵² AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Op.cit.* p.

encontrar su propio alojamiento, que sin embargo deben pagar por sí mismos descontándolo de la limitada asignación mensual que reciben⁸⁵³.

Uno de los principales informes de la FRA en esta materia es el estudio publicado en 2010 *“Homofobia, transfobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados de la UE”*⁸⁵⁴. Aunque su publicación es anterior a las revisiones de las Directivas sobre protección internacional en la Unión Europea, que estudiaremos a continuación, resulta en este punto pertinente subrayar como en él reconoce la Agencia que existen dificultades para realizar y acreditar una solicitud de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género de acuerdo con la normativa europea actual. Destaca que el tenor literal de la norma no imposibilita a las personas LGTB que soliciten asilo pero que, sin embargo, *“hace que las solicitudes de asilo sean más difíciles si los solicitantes deben probar que son parte de un grupo social determinado”*⁸⁵⁵

El informe subraya que son 23 Estados de la Unión Europea, entre ellos Finlandia, España, Letonia, Malta, Polonia y Portugal, regulan explícitamente la causa como pertenecientes a *un grupo social determinad*”, mientras que en 3 Estados miembros, Estonia, Grecia y el Reino Unido, la legislación no incluye mención explícita a las personas LGTB como pertenecientes a un *grupo social determinado*. Lo mismo ocurre con Dinamarca, aunque este país no está jurídicamente vinculado a la Directiva de Reconocimiento.

En el informe se propusieron una serie de medidas para avanzar en una protección internacional más garantista y efectiva de las personas LGTB:

- En primer lugar, subraya la necesidad de incorporar la identidad de género como causa de persecución. La actual Directiva de Reconocimiento, tras la revisión de 2011, ya incluye la identidad de género.

⁸⁵³ *Ibidem*.

⁸⁵⁴ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States*. 2010.

⁸⁵⁵ *Ibidem*

- En segundo lugar, requiere más garantías para el respeto de la dignidad humana, la integridad y la privacidad en los procedimientos de concesión y de suspensión de la protección internacional.
- En tercer lugar, recomienda a la Oficina Europea de Apoyo para el Asilo que en el desarrollo del material para ayudar a los Estados miembros, facilite la formación y comprensión de las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.
- Por último, exige la erradicación de cualquier tipo de procedimiento de verificación de la credibilidad del relato que suponga prácticas degradantes o intrusivas recomendando la aplicación de la Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género (y su adaptación en 2011).

En mayo de 2013 la FRA publicó un estudio en el que aporta pruebas de los alarmantes índices de discriminación, violencia y acoso que sufren las personas LGBT en la Unión Europea en diferentes ámbitos de su vida, incluyendo el empleo, la educación, la salud, la vivienda y otros servicios sociales. En él se denuncia que casi la mitad de los consultados se han sentido personalmente discriminados o acosados por motivo de su orientación sexual en el año anterior a la encuesta. Además, más del 80 % de los consultados de todos los Estados miembros de la UE recuerdan comentarios negativos o actos de intimidación dirigidos contra jóvenes LGBT en el ámbito escolar⁸⁵⁶.

Respecto a los actos de violencia, una cuarta parte (26 %) de todas las personas LGBT de la UE que respondieron a la encuesta había sido agredida o amenazada con violencia en los últimos cinco años. Además, en torno a 3 de cada 10 del total de personas transgénero consultadas señalaron que habían sido víctimas de actos de violencia, o que habían sido amenazadas con tales actos, en más de tres ocasiones en el año precedente a la encuesta.⁸⁵⁷ Una mayoría de los consultados que habían sido víctimas de actos de violencia (59

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p.2

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

%) en el pasado año señaló que la última agresión o amenaza de violencia obedeció, parcial o plenamente, a que fueron percibidos como LGBT. Mientras, que menos de uno de cada cinco (17 %) encuestados denunció a la policía el incidente más reciente de violencia motivada por prejuicios que le hubiera ocurrido.

El estudio revela, además, que dos tercios de los consultados declararon que *a menudo o siempre* escondieron u ocultaron su condición de LGBT en su etapa escolar hasta los 18 años de edad y que uno de cada cinco encuestados empleados o en busca de empleo en los 12 meses anteriores al estudio se había sentido discriminado en tales situaciones laborales en dicho período. Tal cifra se eleva a una proporción de uno de cada tres en el caso de las personas transgénero consultadas.⁸⁵⁸

2.4. El trabajo del Consejo en la protección de los derechos de las personas LGBTI

El Consejo de la Unión Europea es el órgano responsable de coordinar las políticas de la Unión Europea y de adoptar, junto con el Parlamento Europeo, la legislación de la UE que vincula a las instituciones, a los Estados miembros y a la ciudadanía en su conjunto.

En primer lugar, como coordinador de las políticas de la UE, el Consejo ha incluido las cuestiones LGBTI en políticas que caen bajo la competencia de la UE como son la educación o la acción exterior. En este sentido, el Consejo incluyó la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual en las conclusiones sobre la mejora de la calidad de la educación de 2007 y en las conclusiones sobre el marco estratégico para la cooperación en Europa en educación y formación de 2009⁸⁵⁹. Además, en junio de 2013, el Consejo de la UE aprobó las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los

⁸⁵⁸ *Ibidem.*

⁸⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Conclusions of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 November 2007, on improving the quality of teacher education (2007/C 300/07) Council Conclusions of 12 May 2009 on a strategic framework for European cooperation in education and training (2009/C 119/02)

derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. Estas Directrices son una guía clave para los funcionarios y agentes de las instituciones de la UE y de los Estados miembros para la promoción y protección exterior de los derechos de las personas LGBTI en las relaciones con los terceros países y organizaciones internacionales.

En segundo lugar, como foro donde se reúnen los ministros de los países de la UE para adoptar la legislación, junto con el Parlamento Europeo, y a propuesta de la Comisión, es en el Consejo de la UE donde queda patente las diferentes sensibilidades políticas existentes entre los Estados miembros sobre los temas relacionados con las personas LGBTI.

En el desarrollo de su función legislativa, el Consejo de la UE aprobó en noviembre de 2000, la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación por la que se prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad y de *orientación sexual* en el ámbito del empleo y la ocupación.⁸⁶⁰ Además, en 2012, el Consejo de la UE junto con el Parlamento Europeo aprobaron la Directiva por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos por la que se establece la obligación de reconocer y de tratar a las víctimas de violaciones de derechos individuales de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos, entre otros, del el sexo, la expresión de género, *la identidad de género o la orientación sexual*.⁸⁶¹

Sin embargo, también es en el seno del Consejo de la UE donde se bloquean algunos de los esfuerzos de la Comisión y el Parlamento en la lucha contra la homofobia, bifobia y transfobia. Recordemos que la propuesta de Directiva de la Comisión presentada en 2008, con el objeto de aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual más allá del

⁸⁶⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 27 de noviembre de 2000. DOCE n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022. Artículo 1.

⁸⁶¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 25 de octubre de 2012. DOUE L 315/57 14.11.2007. Considerando nº 9.

contexto laboral⁸⁶², se encuentra en un congelado *stand-by*. Como se destaca en un epígrafe posterior, la propuesta de Directiva persigue prohibir toda discriminación directa e indirecta por los motivos citados en materia de protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda. La norma, para cuya aprobación requiere la unanimidad de todos los Estados miembros, se mantiene bloqueada durante más de cuatro años a pesar de las presiones del Parlamento Europeo y de la Comisión. Ocho países de la UE, liderados por Alemania, se oponen en base al principio de atribución de competencias, sosteniendo que los asuntos sociales son de competencia exclusiva nacional. Sin embargo, a tenor de las negociaciones mantenidas entre los Estados miembros, parece que el conflicto es un apéndice de la eterna tensión entre la Europa social e inclusiva y la Europa neoliberal cuyas posturas, miedos y anhelos, parecen reforzarse en época de crisis económica.⁸⁶³

3. El reconocimiento y el desarrollo normativo del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el Derecho de la Unión Europea

3.1. La doble protección jurídica del Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa garantiza una explícita protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI a través de un mandato jurídico doble. Por una parte, el Tratado de Lisboa establece, tomando la igualdad como valor jurídico y social, la obligación negativa, o prohibición de no discriminar por motivos de sexo o de orientación sexual. Por otra parte, introduce la obligación

⁸⁶² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Bruselas, 27.2008 COM(2008) 426 final . 2008/0140

⁸⁶³ Con las presidencias de Bélgica y de Hungría en 2010 se mantuvo el trabajo a un nivel técnico para prever los costes de su aplicación, principalmente respecto a las personas con discapacidad. Bajo las presidencias polaca y danesa de 2011 se han realizaron estudios respecto a los costes que las medidas relativas a los pensionistas supondría a los Estados miembros. EU-OBSERVER. *EU anti-discrimination directive: buried, but not dead*. 15 de noviembre de 2011. Disponible en <http://euobserver.com/disability/114272>

positiva de luchar contra la exclusión social y la discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual, a partir de la atribución explícita de competencia por parte de los Estados miembros a la Unión en esta materia.

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”⁸⁶⁴

En esta disposición, el Tratado de Lisboa consagra la igualdad como valor jurídico que fundamenta la existencia de la propia Unión Europea y como valor social que caracteriza a la ciudadanía de la Unión. Así, en primer lugar, el artículo 2 define como valores sobre los que se asienta la Unión Europea el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y la igualdad. Es la igualdad, uno de los valores que dota de sentido a la razón de ser y al funcionamiento de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa, además, vincula la igualdad, en cuanto valor fundamental de la UE, al respeto de los derechos humanos de las minorías, haciendo una referencia implícita a todas aquellas minorías sociales específicas diferenciadas de las categorías sociales mayoritarias como son las minorías étnicas, raciales, nacionales, religiosas y sexuales.

Del mismo modo, el artículo 2 se refiere a la igualdad y, a su derivado principio inverso de no discriminación, como valor social que define a la ciudadanía de la Unión. El principio de no discriminación dispuesto en este artículo opera en conjunción con el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece la taxativa prohibición de discriminación por motivos, entre otros, de orientación sexual. El artículo 21 de la Carta dispone que: “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o

⁸⁶⁴ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. 6655/7/08. REV 7. Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st06/st06655-re07.es08.pdf>. Artículo 2.

de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”⁸⁶⁵

La comprensión del alcance jurídico de esta prohibición requiere conocer la estructura establecida por el artículo 6 del Tratado de Lisboa sobre la que se sostiene la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. De acuerdo con este artículo, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere naturaleza jurídica de tratado y, por lo tanto, la prohibición de discriminación de su artículo 21 es jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros.⁸⁶⁶ Por otra parte, en su segundo apartado, establece el artículo 6 del Tratado de la Unión que “ésta se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. De este modo, el Tratado de Lisboa abre la vía para el acceso al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al amplio acervo jurídico derivado del mismo existente en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI. Por último, el citado artículo establece que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los 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”.

Los derechos fundamentales, iguales a todas las personas independientemente de su orientación sexual o de identidad de género, son, por tanto, *principios generales de la Unión Europea*. Esta consagración produce dos consecuencias directas en la protección de los derechos de las personas LGBTI en la Unión. Por una parte, como principio general de la Unión, debe informar la interpretación y aplicación de todos los actos jurídicos y medidas legales adoptados por las instituciones europeas, prevaleciendo sobre ellos en caso de conflicto. Por otra parte, como principio general del Derecho de la UE consagrado en un Tratado, el principio de no discriminación pone en funcionamiento el juego de los *principios de primacía y de efecto directo* del Derecho de la UE consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

⁸⁶⁵ UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2000. DOCE. 2000/C 364/01. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Artículo 21.

⁸⁶⁶ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. Op.cit. Artículo 6.

En este sentido, en primer lugar, en base con la Administración, efecto directo vertical, como en los conflictos entre particulares, efecto directo horizontal.⁸⁶⁷

El Tratado de Lisboa no se limita a prohibir taxativamente la discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual sino que, además, impone la obligación positiva de luchar contra la exclusión social y la discriminación. Así, el Tratado de la Unión en su artículo 3, apartado tercero, al establecer que “la Unión deberá luchar contra la exclusión social y la discriminación”⁸⁶⁸ requiere a la Unión que adopte una postura proactiva en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y de orientación sexual como uno de los objetivos que guía la acción de la UE. La lucha contra la discriminación no es simplemente un objetivo más de la UE, sino que es un elemento esencial de todas las políticas y actividades de la UE con potencial impacto sobre los derechos fundamentales de las personas LGBTI. En este sentido, el artículo 10 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea que establece que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. De esta modo, el Tratado de Lisboa requiere a las instituciones la integración de las cuestiones relativas al sexo o a la orientación sexual en las políticas y actividades de la UE.

Para saber en qué ámbitos la Unión puede actuar es necesario comprender que esta funciona a partir del principio de atribución, establecido en el artículo 5, apartado segundo, del Tratado de la Unión Europea, por el que la Unión sólo puede actuar “dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan”. La Unión Europea tiene atribuida una competencia general de luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de sexo y de orientación sexual y una serie de competencias, sobre diferentes ámbitos y de diferente alcance jurídico, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

⁸⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Van Gend en Loos. C-26/62 ECR. 5 de febrero de 1963

⁸⁶⁸ Unión Europea. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea.Op.cit. Artículo 3.

al principio de primacía del Derecho de la UE, quedará suspendido el carácter obligatorio de cualquier norma jurídica adoptada por los Estados miembros que sea contraria al principio de no discriminación por motivos de sexo u orientación sexual⁸⁶⁹. Y, en segundo lugar, en función al principio de efecto directo del Derecho de la UE, el principio de no discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual podrá ser invocado ante los tribunales nacionales de los Estados miembros tanto en los conflictos

La norma que atribuye de forma expresa a la Unión Europea la competencia general para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género la encontramos en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dispone que: “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” Este artículo, que recoge el testigo del anterior artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, establece un procedimiento legislativo especial para la lucha contra la discriminación. En la actualidad, la unanimidad requerida en el Consejo se mantiene pero, sin embargo, el Parlamento Europeo adquiere una mayor presencia al requerirse su consentimiento cuando antes tenía que ser consultado. Además, de acuerdo con el segundo apartado de este artículo 19, la UE podrá adoptar medidas de estímulo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, para apoyar las acciones de los Estados miembros en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual.⁸⁷⁰

Además de esta competencia general que los Estados miembros atribuyen a la UE para combatir la discriminación por motivos de sexo y de orientación

⁸⁶⁹TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Costa contra Enel. C-6/64 ECR 585 583. 15 de julio de 1964

⁸⁷⁰ Unión Europea. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Op.cit.* El artículo 19.2 dispone que: *no obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.*

sexual, conviene recordar que la Unión Europea tiene atribuidas otra serie de competencias para legislar sobre ámbitos que afectan a la vida de las personas LGBTI y a la protección de sus derechos fundamentales.⁸⁷¹ Así, en conjunto con los Estados miembros, la UE tiene competencia de legislar y adoptar actos jurídicos en materia de política social, del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia y en los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública. Además, la UE tiene competencia para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en materia de educación y de protección y desarrollo de la salud humana.

En los siguientes apartados, analizamos el desarrollo normativo del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género en los ámbitos que son competencia de la UE, haciendo especial referencia, entre ellos, al laboral, al educativo y al sanitario.

3.2. La Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

La Directiva 2000/78/EC, aprobada por el Consejo en noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,⁸⁷² introdujo, por primera vez en la Unión Europea, la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual en el ámbito laboral. El fundamento de tal prohibición, como establece el preámbulo de la norma, reside en que la discriminación en el ámbito laboral puede poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE; el logro de un alto nivel de

⁸⁷¹ El sistema de competencias de la UE, establecido por el Tratado de la Unión Europea, diferencia entre aquellas competencias cuya legislación compete únicamente a las instituciones de la UE, las denominadas *competencias exclusivas*, reguladas en el artículo 3 del TUE, aquellas cuya legislación compete a la UE en conjunto con los Estados miembros, las denominadas *competencias compartidas*, establecidas en el artículo 4 del TUE, y aquellas cuya legislación compete a los Estados miembros pero sobre las que la UE puede prestar apoyo, coordinar o actuar de forma complementaria, las denominadas *competencias complementarias*, enumeradas en el artículo 6 del TUE. En todas ellas la UE debe legislar de acuerdo con el principio de no discriminación por motivos, entre otros, de sexo y de orientación sexual establecido en el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁸⁷² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 27 de noviembre de 2000. DOCE n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022. Artículo 1.

empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.⁸⁷³

La Directiva prohíbe todo tipo de discriminación por el motivo, entre otros, de orientación sexual⁸⁷⁴. Extiende el ámbito de la prohibición tanto sobre la discriminación directa como la indirecta. La norma entiende por discriminación directa los supuestos en los que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga y por discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una orientación sexual determinada respecto de otras personas de otra orientación sexual.⁸⁷⁵ La prohibición de la discriminación indirecta por motivo de orientación sexual supone un claro avance para la consecución de una interpretación del principio de igualdad más próxima a la igualdad esencial o real entre las personas.⁸⁷⁶

Todos los Estados miembros de la Unión Europea están obligados por esta Directiva a garantizar la existencia de procedimientos judiciales o administrativos e, incluso cuando lo consideren oportuno, de procedimientos de conciliación, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la inaplicación del principio de igualdad de trato. Además, la norma requiere a los Estados miembros que permitan a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en la legislación nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o

⁸⁷³ *Ibidem*. Considerando nº 11.

⁸⁷⁴ Las personas transexuales quedan protegidas frente a la discriminación por razón de su sexo en el ámbito laboral a través de las Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres: Directiva 75/117/CEE respecto a la aplicación del principio de igualdad de retribución salarial entre mujeres y hombres y Directiva 76/207/CE modificada por la Directiva 73/2002 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y las condiciones de trabajo, y la Directiva 54/2006 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a los regímenes profesionales de seguridad social que unifica en un único texto las anteriores directivas.

⁸⁷⁵ *Ibidem*. Artículo 2.

⁸⁷⁶ PÉREZ DEL RÍO, T.: "Tansversalidad de género y positivas en el ámbito comunitario". *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*. Nº 13, 2005. p .38

administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva⁸⁷⁷.

Uno de los elementos más transformadores de la norma es que la carga de la prueba se invierte, correspondiendo ésta a la parte demandada y no al discriminado por su orientación sexual en el ámbito laboral. El perjudicado tendrá que alegar ante un tribunal, u otro órgano competente, los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el ámbito laboral por motivo de orientación sexual, siendo obligación del demandado refutar la presunción y probar que dicha discriminación no ha tenido lugar⁸⁷⁸.

A partir de la entrada en vigor de esta Directiva, y pasado el plazo de transposición, la prohibición de no discriminación por motivo de orientación sexual en el ámbito laboral es vinculante para todos los Estados miembros de la UE. Además, la Directiva se aplica tanto en el sector público como en el sector privado y en todas las formas y fases de la relación laboral, desde el período de formación y el proceso de selección hasta el cese de la misma. Esta Directiva, por otra parte, integra el acervo comunitario cuya aplicación efectiva debe llevarse a cabo por parte de los países candidatos⁸⁷⁹, antes de su entrada a la Unión Europea, de acuerdo con los criterios de adhesión de Copenhague de 1993.

La contribución más importante de esta norma es que, más allá de la prohibición general de no discriminar por motivo de la orientación sexual prevista en los Tratados, al establecer garantías específicas, mecanismos legales concretos y obligaciones determinadas para los Estados miembros, ofrece seguridad jurídica a la protección de los derechos laborales de las personas LGBTI. Sin embargo, para que la seguridad jurídica se materialice debemos atender a la eficacia de la norma con relación a la aplicación real del propósito que persigue en el contexto social al que va destinada. En este sentido, queda un largo camino por recorrer para conseguir una igualdad real y plena. Más de una década después de la adopción de la norma, el ámbito

⁸⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/EC. *Op.cit.* Artículo 9.

⁸⁷⁸ *Ibidem.* Artículo 10

⁸⁷⁹ Los países candidatos oficiales a la Unión Europea son Turquía (desde 2004), la República de Macedonia (desde 2005),² Islandia,² 8 Montenegro (desde 2010),⁹ y Serbia (desde 2012).

laboral sigue siendo el más vulnerable a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.⁸⁸⁰

A pesar de que la invisibilidad de las personas LGBTI y el nivel relativamente bajo de denuncias registradas hagan que sea difícil medir el verdadero alcance de la homofobia, la transfobia y la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, de acuerdo con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las personas LGBTI sufren discriminación laboral en todos los Estados miembros.⁸⁸¹ Los actos de discriminación en el ámbito laboral pueden adoptar múltiples formas afectando a la promoción en el puesto de trabajo o a las condiciones laborales y salariales. La población LGBTI en Europa es víctima de acoso laboral, bullying, intimidación, discriminación directa, acoso sexual y amenazas que conducen a depresiones, enfermedades vinculadas al estrés, abuso de sustancias e, incluso, al suicidio. Como se ha destacado en el Capítulo 1 del presente estudio, de acuerdo con estimaciones realizadas por la Agencia Eurostat en 2012, tomando como referentes los indicadores de la población activa y de la comunidad LGBTI en la UE, entre 5 y 10 millones de personas LGBTI han podido ser víctimas de acoso laboral por su orientación sexual e identidad de género⁸⁸². El miedo a sufrir discriminación, el riesgo de despido y la calidad del entorno de trabajo son factores que influyen a la hora de determinar las decisiones de las personas

⁸⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO. *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. Op.cit.p.23

⁸⁸¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: 'Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States', 2009, p. 21. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_es.pdf

⁸⁸² PARLAMENTO EUROPEO. *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. Op.cit.p.23

'Eurostat Compact guides, Basic figures on the EU', Autumn 2012 edition; disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-GL-12-003/EN/KS-GL-12-003-EN.PDF.

LGBTI sobre mostrarse abiertamente en el lugar de trabajo⁸⁸³. Especialmente discriminatorio se presenta el acceso al empleo para las personas trans.⁸⁸⁴

Para que la Directiva alcance su objetivo de forma real se hace necesario el desarrollo de mecanismos de aplicación efectiva partiendo de los derechos y las necesidades de las personas LGBTI y prestando atención a los diferentes actores de la relación laboral, entre ellos, al trabajador, al empresario y al Estado. Así, en primer lugar, tanto entre los trabajadores como en las empresas existe una falta de formación y capacitación profesional en materia de prevención e identificación de mecanismos y recursos disponibles para la reparación y la indemnización en casos de discriminación sufrida por motivos de orientación sexual e identidad de género. Sería conveniente desarrollar, entre los sindicatos, entidades de formación e inserción laboral y organizaciones empresariales, actividades y programas de sensibilización e información respecto a cómo enfrentar las situaciones de acoso laboral o los casos en los que el empresario decida no extender los beneficios laborales a la pareja del mismo sexo del trabajador⁸⁸⁵.

En segundo lugar, las administraciones de los Estados miembros tienen la responsabilidad de adoptar un compromiso político por la igualdad real. Del mismo modo que se realiza con respecto a otros grupos vulnerables, sería necesario el desarrollo de programas de inserción laboral específicos y de estrategias de empleo determinadas para personas LGBTI a nivel nacional, regional y local.

Por último, dada la dificultad que tiene algunas personas LGBTI de acudir a los tribunales por el riesgo de tener que desvelar su orientación sexual o su identidad de género y el miedo existente a sufrir mayores actos de

⁸⁸³ Un reciente estudio sobre personas LGB realizado en Francia, el 42% de los encuestados temen comentar su orientación sexual por miedo a sufrir conductas homófobas, entre las que se incluye el despido. Guasp, A. and Balfour, J., 'Peak Performance, Gay People and Productivity', Stonewall, 2008, p. 8; available at http://www.stonewall.org.uk/documents/peak_performance.pdf.

⁸⁸⁴ Un informe de 2009 denunciaba que los datos de mujeres trans desempleadas en el Reino Unido en 2009 era de un 37% (17% más que las mujeres no trans). La cifra, en 2009, en España ascendía al 57% de las mujeres trans. Whittle, S., Turner, L., Al-Alami, M., 'Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination', The Equalities Review (UK). Este p.14

⁸⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEO. *Towards an EU roadmap for equality on grounds of sexual orientation and gender identity*. Op.cit.p.23

discriminación⁸⁸⁶, siguiendo lo dispuesto en otras Directivas antidiscriminatorias sería pertinente, en base al principio de justicia efectiva, la constitución de un organismo para la igualdad que funcione como un cuerpo independiente con competencias para analizar los problemas existentes, estudiar las soluciones posibles y proporcionar asistencia tangible a las víctimas de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁸⁸⁷.

3.3. La regulación normativa del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género fuera del contexto laboral

La Comisión presentó en 2008 una propuesta de Directiva al Consejo con el objeto de aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del contexto laboral⁸⁸⁸. En la actualidad esta propuesta de Directiva, tal como hemos destacado con anterioridad, la propuesta que requiere la unanimidad en el Consejo se encuentra bloqueada por falta de voluntad política de algunos Estados miembros.

De acuerdo con su exposición de motivos, la propuesta crea un marco para la prohibición de la discriminación y establece un nivel mínimo homogéneo de protección en la Unión Europea. Además, quiere servir como complemento el marco jurídico actual de la UE en el que la prohibición de discriminación por los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se circunscribe únicamente al empleo, la ocupación y la formación profesional por la previamente analizada Directiva 2000/78/EC.

Los ámbitos en los que la propuesta de Directiva persigue prohibir toda discriminación directa e indirecta por motivo de orientación sexual son: la

⁸⁸⁶ Waaldijk, K. Op.cit. p. 216

⁸⁸⁷ Tanto la Directiva 2000/43/CE de Igualdad Racial como la Directiva 2004/113/EC de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres establecen la obligación a los Estados miembros de constituir un organismo frente a la discriminación por motivos raciales o étnicos y de género. En ambas Directiva se establece que estos organismos podrán ser los mismos que los que tienen una responsabilidad nacional en materia de defensa de los derechos humanos o de salvaguardia de los derechos individuales, o de la aplicación del principio de igualdad de trato.

⁸⁸⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Bruselas, 2.7.2008 COM(2008) 426 final . 2008/0140

protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda. En este sentido, la adopción de la Directiva supondría la aplicación del principio de no discriminación por motivo de orientación sexual a ámbitos en los que las personas LGBTI son especialmente vulnerables, como el de la educación o el de la salud.

Siguiendo la Directiva 2000/78/EC, la propuesta incluye también la inversión de la carga de la prueba. El mismo artículo 8 de la propuesta justifica tal inversión alegando el hecho de que es muy difícil obtener las pruebas necesarias para demostrar la vulneración de la prohibición de discriminación, que suelen obrar en poder del demandado. La propuesta obligaría, además, a los Estados miembros a asegurarse de la existencia de procedimientos judiciales y administrativos para garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y posibilitaría la participación de las organizaciones con interés legítimo⁸⁸⁹.

Mientras que la propuesta no sea aprobada por la unanimidad requerida en el Consejo, las personas LGBTI quedan huérfanas de una protección jurídica efectiva frente a la discriminación que se sufre en Europa por motivos de orientación sexual e identidad de género en áreas tan fundamentales para la vida y el desarrollo de las personas como la educación o la salud.

4. El papel de la Unión Europea en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI

En la actualidad, como se ha destacado en el Capítulo 1 del presente estudio, las legislaciones penales de 76 países criminalizan a las personas por su orientación sexual o por su identidad de género con sanciones que abarcan desde la multa o la pena de cárcel hasta la pena de muerte. En 5 países; Arabia Saudí, Irán, Yemen, Mauritania y Sudán, y en algunas regiones de Nigeria y de Somalia, los actos homosexuales son castigados con la pena de muerte.⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ *Ibidem*. artículo 9.

⁸⁹⁰ ITABORAHY, L. y ZHE,J. Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo. ILGA -

De acuerdo con el único informe realizado hasta la fecha en el seno de las Naciones Unidas, en todas las regiones del mundo se registran episodios de violencia homófoba o tránsfofa, tanto física; asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales, como psicológica; amenazas, coacciones y privaciones arbitrarias de la libertad⁸⁹¹.

Desde 1999, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias se ha referido periódicamente a personas amenazadas de muerte o asesinadas debido a su orientación sexual o identidad de género.⁸⁹² Como han constatado diferentes organismos internacionales, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans son también víctimas de los denominados "crímenes de honor"⁸⁹³ y los defensores de derechos humanos de las personas LGBTI son perseguidos y amenazados en diferentes países⁸⁹⁴.

Además, como se ha subrayado previamente, de acuerdo con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura "*a los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno*

Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales. 8ªEd. Mayo de 2013. Disponible en: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2013.pdf

⁸⁹¹ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf. p.9.

⁸⁹² Ibidem. Informes del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias :E/CN.4/1999/39, para. 76, A/HRC/4/20 and Add.1, A/HRC/4/29/Add.2, A/HRC/11/2/Add.7, A/HRC/14/24/Add.2 and A/HRC/17/28/Add.1.

⁸⁹³ Ibidem. p. 10. Crímenes perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que han sido causa de vergüenza o deshonor para la familia, a menudo por transgredir las normas de género o por determinadas conductas sexuales, incluidas las relaciones homosexuales reales o supuestas. A/61/122/Add.1, para. 124, E/CN.4/2002/83, paras. 27-28, A/HRC/4/34/Add.2, para. 19; A/HRC/4/34/Add.3, para. 34. "India: Haryana widows battered to death", disponible en www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13125674 (accessed 28 October 2011); "They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq", Human Rights Watch report, 19 Agosto 2009; y "Was Ahmet Yildiz the victim of Turkey's first gay honour killing?", disponible en: www.independent.co.uk/news/world/europe/was-ahmet-yildiz-the-victim-of-turkeys-first-gayhonour-killing-871822.html . .

⁸⁹⁴ Ibidem. p.11. La Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos ha expresado profunda preocupación por las "campañas de denigración y amenazas violentas contra los defensores de los derechos de los homosexuales, bisexuales y transexuales". A/HRC/13/22, para. 49.

*y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos*⁸⁹⁵.

Frente a este escenario internacional de violaciones sistemáticas de derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, la Unión Europea puede y debe posicionarse como un actor líder en la promoción internacional de los derechos de las personas LGBTI en sus relaciones con terceros países. Este liderazgo se asume partiendo de tres factores básicos: la capacidad de la UE como actor global, la voluntad de la UE de constituirse como actor normativo en el juego de las relaciones internacionales y el mandato legal que le es impuesto por el tratado de Lisboa.

Así, en primer lugar, la Unión Europea se presenta como uno de los actores con mayor capacidad para incidir en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI. Recordemos que, en la era de la globalización, la Unión Europea, junto con los 28 Estados miembros que la integran, es el primer poder comercial, la segunda fuerza militar y el mayor donante de ayuda al desarrollo en el mundo, aportando más de la mitad de los fondos internacionales⁸⁹⁶. En su compromiso por la gobernanza global, la contribución de los Estados miembros alcanza más del tercio del presupuesto de las Naciones Unidas y más de dos quintos de las operaciones internacionales para el mantenimiento de la paz. Además, varios Estados

⁸⁹⁵ En 2010, el Relator Especial observó que, en los centros de detención, solía haber una estricta jerarquía y que quienes se encontraban

en el nivel más bajo de la jerarquía, como las personas gays, lesbianas, bisexuales y trans, sufrían una discriminación doble o triple. Informes del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura: 52 A/56/156, para. 19. See also E/CN.4/2001/66/Add.2, para. 199, E/CN.4/2002/76, annex III, p. 11, y E/CN.4/2005/62/Add.1, para. 1019 y 1161.

⁸⁹⁶ La acción comercial de la UE supone un cuarto de todo el comercio mundial. El PIB (nominal) combinado de los 27 miembros en 2010 se estimaba en 15.9 trillones de dólares, superior a los 14.62 trillones de los EE.UU. Los Estados miembros destinan 289 billones de dólares a defensa, detrás sólo de los EE.UU. (71 billones de dólares, 48% del presupuesto mundial en defensa). Además se ha creado la Agencia Europea de Defensa y la Estrategia de Seguridad como marco para las misiones en terceros países. La UE aporta el 55% de los fondos internacionales para la ayuda al desarrollo. PARLAMENTO EUROPEO. Informe. The EU as a global actor: its evolving role in multilateral organizations. EXPO/B/AFET/FWC/2009-01/LOT2/06. PE 433.975 EN. Marzo de 2011. Disponible en: <http://www.falternativas.org/la-fundacion/documentos/libros-e-informes/the-eu-as-a-global-actor-its-evolving-role-in-multilateral-organizations> . p.6.

miembros se encuentran entre aquellos con mayor representación en los foros y organizaciones internacionales⁸⁹⁷.

En segundo lugar, la Unión Europea debe asumir un papel clave en la lucha internacional por los derechos humanos de las personas LGBTI en coherencia con su voluntad de presentarse como un referente en la promoción internacional de los derechos humanos. Considerada como un *poder normativo*⁸⁹⁸ en la medida en que, a través de sus relaciones con terceros países, promueve unos valores y principios que la identifican, la UE se diferencia de otros actores globales al incidir a través de su acción exterior en la promoción de los derechos humanos. A esta causa, la Unión Europea ha destinado 1.1 mil millones entre 2007 y 2013 a través del Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos⁸⁹⁹. Si la UE quiere constituirse como un referente coherente e inclusivo en la promoción internacional de los derechos humanos debe asumir un posicionamiento firme y activo en sus relaciones con aquellos países que violan sistemáticamente los derechos humanos de las personas LGBTI.

En tercer lugar, la UE debe incluir la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI en la agenda de la política exterior europea de los derechos humanos porque está obligada a ello por mandato legal del Tratado de Lisboa. En este sentido, el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea establece que *la acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional.*⁹⁰⁰ Este artículo opera en conjunción con el artículo

⁸⁹⁷ Ibidem.

⁸⁹⁸ MANNERS, I. *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?* Journal of Common Market Studies Volume 40, Issue 2, 2002. p.239.

⁸⁹⁹ Este instrumento de financiación va destinado a organizaciones no gubernamentales que trabajan en la promoción de los derechos humanos, la democracia, el Estado de Derecho, la abolición de la pena de muerte, la lucha contra la tortura y la lucha contra el racismo y otras formas de discriminación, entre las que se encuentra la *discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*.

⁹⁰⁰ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Op.cit. Artículo 21.

10 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea que *en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*⁹⁰¹

Conviene subrayar que la acción de la UE en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI debe entenderse partiendo de tres fundamentos básicos. Por una parte, no se trata de imponer el reconocimiento de nuevos derechos humanos, los derechos humanos de las personas LGBTI son los mismos derechos que ya están consagrados por los tratados internacionales. Se trata de garantizar el acceso, el disfrute y el ejercicio de todos los derechos humanos sin discriminación por motivos de su orientación sexual e identidad de género.⁹⁰²

Por otra parte, la Unión Europea defiende la universalidad de los derechos humanos y reafirma que los valores culturales, tradicionales, o religiosos no pueden ser invocados para justificar ninguna forma de discriminación, incluyendo la discriminación contra las personas LGBTI, de acuerdo con el párrafo 5º de la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993.⁹⁰³ La Unión Europea es consciente de que la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI es entendida como una cuestión “sensible”⁹⁰⁴ en muchos lugares del mundo y, también, dentro de la UE. Aun así, el compromiso de la UE por la promoción de los derechos de las personas

⁹⁰¹ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión consolidada del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Op.cit. Artículo 10.

⁹⁰² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. “Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) people. Reunión del Consejo de Asuntos Exteriores.” Luxemburgo. 24 de junio de 2013. P. A.1.

⁹⁰³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena. 14 a 25 de junio de 1993. El párrafo 5º establece que: *todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

⁹⁰⁴ HEINZE habla de “sensitive game” argumentando que por una parte, los regímenes autoritarios, en pro de la pureza moral y de la lucha por unos falsos valores tradicionales y culturales, entienden las minorías sexuales como manifestaciones de la decadencia occidental. Por otra parte, los Estado occidentales aprovechan la oportunidad para mostrar su respeto y sensibilidad ante esos valores tradicionales. HEINZE, E. *Sexual Orientation and International Law: a Study in the Manufacture of Cross-Cultural “Sensitivity”*. 2001 University of Michigan Law School. Michigan Journal of International Law. p.284.

LGBTI, como lo es por los derechos humanos de otros grupos vulnerables, debe ser firme y coherente.⁹⁰⁵

Por último, la Unión Europea debe promocionar los derechos humanos contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género desde el empoderamiento de la sociedad civil a través de programas e iniciativas de formación, capacitación y financiación⁹⁰⁶, poniendo el foco de atención sobre las realidades locales y el papel de las ONGs y los defensores de derechos humanos.

Para la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI, la UE cuenta con una serie de instrumentos políticos, jurídicos, diplomáticos y económicos en sus relaciones con terceros países y en el seno de los diferentes organismos de los que los Estados miembros forman parte. De acuerdo con los *Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero*,⁹⁰⁷ aprobadas en junio de 2013 por el Consejo, la UE debe incorporar las cuestiones relativas a las personas LGBTI en las estrategias e informes que realiza con terceros países, en las reuniones que mantiene con autoridades y ONGs locales, en el desarrollo de las funciones de los Jefes de Misión en terceros países. Además, la UE debe incluir la situación de los derechos humanos de personas LGBTI en los diálogos políticos que mantiene con países socios y con organizaciones regionales.

Por otra parte, la UE también dispone de una serie de mecanismos coercitivos, las denominadas medidas restrictivas, que podría plantearse utilizar para hacer más efectiva la lucha por los derechos de las personas LGBTI en el mundo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión⁹⁰⁸, la UE puede adoptar medidas tales como el

⁹⁰⁵ La orientación sexual no es ni menos compleja que otras cuestiones como la raza, la etnicidad, la religión o el género que han encontrado, sin embargo, un amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos.

⁹⁰⁶ *Ibidem*. Mecanismos de registro de los casos de violencia contra personas LGBTI, instrumentos de denuncia, de asistencia y de trato a las víctimas, programas de educación y formación del personal y del funcionariado público responsable de la aplicación de la legislación (jueces, policías, profesores, sanitarios).

⁹⁰⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) people*. Reunión del Consejo de Asuntos Exteriores. Luxemburgo. 24 de junio de 2013. II.B.

⁹⁰⁸ UNIÓN EUROPEA. VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN. Op.cit. El artículo 215 dispone que: Cuando una decisión adoptada de

embargo de armas, las restricciones comerciales y financieras, las sanciones de viaje y de visado o el bloqueo de cuentas bancarias. Estas medidas podrían ser adoptadas para reafirmar el compromiso de la UE en la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI, en especial en relación con aquellos países que condenan con pena de muerte los actos homosexuales, siempre que no se condicione la ayuda al desarrollo y que no supongan un peligro para las propias personas LGBTI⁹⁰⁹. Conviene recordar que en la actualidad la UE mantiene en vigor 30 medidas restrictivas sobre terceros países por, entre otros motivos, violaciones sistemáticas de derechos humanos y ninguna de ellas por motivos de orientación sexual e identidad de género.⁹¹⁰

Además, para la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI resulta clave el papel de la Unión Europea, y de sus Estados miembros, en las relaciones multilaterales en foros y organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y el Consejo de Europa. En este sentido, la UE ha mantenido un activo papel en la defensa de los derechos humanos de las personas LGBTI en las Naciones Unidas. Conviene recordar que la Declaración de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en diciembre de 2008 por la Asamblea General, fue promovida y respaldada por una delegación de la UE formada por representantes de diferentes Estados miembros.

Dentro de esta respuesta de la Unión Europea ante las violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI en el mundo, se encuadra el marco jurídico, a través del Sistema Europeo Común de Asilo, que ofrece para garantizar el derecho de asilo en los Estados miembros de aquellas personas

conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea prevea la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará por mayoría cualificada, a propuesta conjunta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y de la

Comisión, las medidas necesarias. Informará de ello al Parlamento Europeo.

⁹⁰⁹ De hecho, partiendo del Enfoque Basado en los Derechos Humanos, la política europea de cooperación al desarrollo debe servir como instrumento para participar en la construcción de sociedades más inclusivas y respetuosas con los derechos humanos de las personas LGBTI. Página web de la Comisión- EuropeAid: http://ec.europa.eu/europeaid/what/human-rights/index_en.htm

⁹¹⁰ UNIÓN EUROPEA. SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR. Restrictive measures in force. 17 de junio de 2013. Disponible en: http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf

perseguidas por su orientación sexual o identidad de género.⁹¹¹ A continuación, en el siguiente Capítulo 6, se analizan las normas de la Unión Europea en materia de protección internacional de las personas LGBTI.

⁹¹¹ Cfr. COMISARIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Consejo de Europa Publicaciones. Estrasburgo. Junio 2011.

CAPITULO VI. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Análisis del Sistema Europeo Común de Asilo

1.1. Elementos configuradores de la política europea de asilo

El análisis de la naturaleza jurídica y del funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo requiere el estudio previo de los tres elementos que configuran la política de asilo en la Unión Europea. En primer lugar, la política de asilo de la UE debe concebirse como la respuesta a una necesidad imperante que nace como consecuencia del propio proceso de integración triple, económica, política y jurídica, que fundamenta la existencia de la Unión Europea.

De acuerdo con la Comisión Europea, los flujos de asilo en Europa no son constantes, ni la distribución de los mismos es equitativa. Así, por ejemplo en el año 2001 alcanzaron la cifra de 425.000 solicitudes en los entonces 27 Estados miembros mientras que en 2006 la cifra se redujo a los 200.000. En 2012, el número de solicitudes de protección internacional ascendió a 335.895.⁹¹² En una Unión Europea sin fronteras internas y caracterizada por la libertad de circulación, como uno de sus pilares sobre los que se construye, los Estados miembros necesitan desarrollar una política común que salvaguarde unas condiciones y garantías uniformes de protección a las personas refugiadas en todo el territorio de la UE.

El propósito principal del Sistema Europeo Común de Asilo responde al reconocimiento por parte de los Estados miembros de una *responsabilidad compartida* de acoger a los solicitantes de asilo de una forma digna, asegurando que son tratados según sus derechos humanos inherentes y sus libertades fundamentales y que sus solicitudes son examinadas de acuerdo a unos criterios armonizados, independientemente del lugar en la UE que el solicitante de protección internacional presente su solicitud⁹¹³.

⁹¹² Datos oficiales extraídos de la página web de Asuntos Interiores de la Comisión Europea. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm

⁹¹³ PARLAMENTO EUROPEO. ANTOINE-GRÉGOIRE J.L. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2013. La política de asilo. Disponible en:

Aunque el proceso de integración política de la Unión Europea implica la paulatina superación de las estructuras tradicionales del Estado-nación al tender, como señaló HABERMAS, “hacia una comunidad homogénea que representa a un Estado con distintas nacionalidades y lenguas”⁹¹⁴, ello no significa que en la actualidad los Estados parcialmente soberanos siguen manteniendo aún su fuerza estructuradora⁹¹⁵. Esto ocurre, principalmente, en aquellas materias cercanas al *núcleo duro* de la soberanía del Estado, en donde se encuentran, entre otras, las relaciones exteriores, la política migratoria y la política de asilo.

Es por ello que la política de asilo de la UE resulta considerada por TRUJILLO HERRERA como “necesaria al ser un elemento de refuerzo indispensable de una estrategia estatal en una Europa integrada”.⁹¹⁶ Según este autor la regulación del derecho de asilo por parte de la UE aporta un *valor añadido* fundamentado en los siguientes elementos: la especialización en la elaboración y gestión del Derecho de la UE sobre el asilo, la independencia respecto de los intereses de los gobiernos de los Estados miembros, la eficacia de la acción comunitaria, la coherencia con otras políticas de la UE como la política europea migratoria, la responsabilidad política susceptible de fiscalización, la responsabilidad jurídica propia de una Unión de Derecho y el respeto a los derechos humanos⁹¹⁷

En segundo lugar, la política de asilo de la Unión Europea responde a los valores que fundamentan su existencia como organización internacional de naturaleza *sui generis* entre los que se encuentra el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa en 2009, establece que: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2012/041202/04A_FT\(2012\)041202_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2012/041202/04A_FT(2012)041202_ES.pdf)

⁹¹⁴ HABERMAS, J. *Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo. Debats*, marzo 1992, p.15.

⁹¹⁵ *Ibíd.* p.15

⁹¹⁶ TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*. Dykinson, S.L. Madrid, 2003. p. 444.

⁹¹⁷ *Ibíd.* p 460.

En este sentido, como ya identificaba, hace casi dos décadas, PÉREZ GONZÁLEZ, el proceso de integración política de la UE ha supuesto “la paulatina ampliación del patrimonio jurídico de los derechos reconocidos por la Unión Europea”⁹¹⁸. Por tanto, la política de asilo de la UE queda vinculada dentro del proceso de consagración tanto a nivel jurídico como político de los derechos humanos en la Unión Europea.

Además, el derecho al asilo es un derecho humano reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su artículo 18 “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 constitutivo de la Comunidad Europea”.

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho de asilo se constituye en el Derecho de la Unión Europea con una *naturaleza dual*:

- Por una parte, como un derecho fundamental reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- Por otra parte, como una obligación para los Estados miembros a su concesión de acuerdo con 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.

En tercer lugar, debemos entender la política de asilo de la Unión Europea como una política altamente embebida por la política migratoria de la Unión Europea, que lamentablemente responde a una perspectiva más economicista de control de flujos que a una política humanitaria y de desarrollo. De hecho, la política de asilo de la UE es víctima del *proceso de securitarización* que adolece la política migratoria de la Unión Europea⁹¹⁹. La preocupación manifiesta del legislador comunitario del abuso del derecho de asilo por

⁹¹⁸ PÉREZ, GONZÁLEZ, M. “La ciudadanía de la Unión: un estatuto evolutivo”. En *El Tratado de la Unión Europea, Análisis Jurídico*, MARIÑO. F, Dir., Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995. p 79.

⁹¹⁹ En este sentido REIG FABADO, I. subraya “la existencia de una “nueva política” de la Unión Europea en materia migratoria que supone una vuelta de tuerca más en el giro involucionista global que han experimentado, no sólo el Derecho de la Unión Europea, sino asimismo, un buen número de legislaciones estatales sobre la materia”. REIG FABADO, I. “La Directiva de retorno y la tutela judicial efectiva de los extranjeros”. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013. p.284

migrantes económicos y el temor de los Estados miembros a un uso indebido del proyectado espacio de libertades por el crimen internacional han propiciado, como subraya TRUJILLO HERRERA “la emergencia de una acción comunitaria restrictiva respecto del asilo y del refugio”⁹²⁰.

Nos encontramos, siguiendo a CALOZ-TSCHOPP ante una “*démocratie sécuritaire*” en la que a nivel fáctico, más allá de la retórica institucional, lo que prima es la protección de nuestro espacio interior común frente a *las amenazas* que suponen los flujos migratorios exteriores⁹²¹. La política de asilo se contamina de esta vinculación con la política migratoria, del miedo que subyace al abuso del derecho de asilo y *al efecto llamada* que este derecho puede tener sobre otros refugiados legitimados para solicitar protección internacional⁹²².

La Unión Europea, en este sentido, se adentra en una clara incoherencia que contradice los valores fundamentales, anteriormente citados, que sustentan su existencia. El derecho de asilo es un derecho humano para cuyo ejercicio, no para su reconocimiento, se establecen una serie de condiciones. Estas condiciones deben quedar reguladas por la Unión Europea para evitar el abuso del derecho pero desde un enfoque de derechos humanos y no desde una óptica vinculada con la política europea de control de flujos derivada de una concepción restrictiva e interesada, en línea con la tendencia actual hacia la construcción de una fortaleza europea (*fortress Europe*)⁹²³.

⁹²⁰ TRUJILLO HERRERA, R. *Op.cit.* p. 455

⁹²¹ CALOZ-TSCHOPP, M-CL.: “La création de la démocratie et de l’asile par l’action politique contre le néo-libéralisme sécuritaire”. En *Europe and refugees: a challenge. L’Europe et les réfugiés: un défi?*. Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 20.

⁹²² Ciertamente, el elemento transnacional que aparece indisolublemente unido al fenómeno del asilo ha comportado que la condición de refugiado se haya visto asimismo afectada en sentido negativo por otros fenómenos o problemas que se han globalizado, como el terrorismo: desde esta perspectiva, como bien se ha apuntado, las políticas o medidas empleadas para disminuir el terrorismo han degradado seriamente los derechos fundamentales de los inmigrantes y entorpecen la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de forma innecesaria, tanto en países miembros del Consejo de Europa, como en otros industrialmente desarrollados: así, GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A. “La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa”, in *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos Fundamentales* (coord. CUERDA RIEZU Antonio, JIMENEZ GARCÍA Francisco) Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 491 y ss

⁹²³ De acuerdo con el autor ALBRECHT, H. el concepto de *Fortress Europe*, o la fortaleza europea, engloba una serie de políticas nacidas en la década de los ochenta en la Unión Europea restrictivas sobre la inmigración y el control de fronteras con un impacto negativo sobre el desarrollo de los países empobrecidos, la política de asilo y sobre el respeto a los propios valores fundamentales de la Unión Europea. ALBRECHT, H. “Fortress Europe - Controlling Illegal Immigration?” *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*. Vol 10/1. 2002. p.1 y 2.

1.2. Fuentes del Sistema Europeo Común de Asilo

En otro orden de términos, respecto a las normas constituyentes del Sistema Europeo Común de Asilo, debe subrayarse que el 12 de junio de 2013 el Parlamento Europeo aprobó la adopción del denominado *paquete de asilo* inclusivo de un conjunto de normas que establecen garantías y condiciones comunes a los Estados miembros respecto a la concesión de la protección internacional.

Este paquete de medidas supone el último avance de un proceso de armonización de las diferentes políticas de asilo de los Estados miembros que comenzó en la sesión especial del Consejo Europeo en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, en el que los líderes de la UE expresaron su compromiso para el establecimiento del Sistema Europeo Común de Asilo.(SEAC)⁹²⁴

La primera fase del SEAC concluyó en 2006 bajo el Programa de la Haya (2004-2009) al establecer el marco jurídico de la UE para el Sistema Europeo de Asilo Común. Por su parte, la segunda fase del proceso de armonización finalizó en junio de 2013 con la adopción final de la revisión de los Reglamentos y Directivas y de la UE en materia de asilo.

⁹²⁴ CONSEJO EUROPEO. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. El punto 14 establece las fases para la creación del Sistema Europeo de Asilo Común:

“A corto plazo, dicho sistema debería incluir la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección. Para ello, se insta al Consejo a que adopte, basándose en propuestas de la Comisión, las decisiones necesarias, con arreglo al calendario establecido en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena. El Consejo Europeo destaca la importancia de consultar al ACNUR y a otras organizaciones internacionales.

A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo. Se pide a la Comisión que elabore, en el plazo de un año, una comunicación al respecto”.

Las principales normas que constituyen el Sistema Europeo de Asilo Común son⁹²⁵:

- La Directiva de Reconocimiento. En diciembre de 2011 las negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo llevaron a la adopción de una nueva versión enmendada 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 concedida. El plazo para su transposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros finaliza en diciembre de 2013.

- La Directiva de Procedimiento. La Directiva 2005/85/CE establece las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. La nueva versión de esta Directiva, aprobada en junio de 2013, establece entre otras novedades plazos máximos para la tramitación de las solicitudes (máximo seis meses salvo algunas excepciones), normas más estrictas respecto a la formación del personal que trata con los solicitantes de asilo y nuevas disposiciones respecto a las necesidades especiales de los menores acompañados y de otras personas vulnerables, entre las que se encuentran las víctimas de persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género.

- La Directiva de Acogida. La Directiva 2003/9/CE establece las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados. Su revisión en junio de 2013 introduce requisitos y garantías respecto a las condiciones de vida y de detención de los solicitantes de asilo, al asesoramiento temprano de las necesidades médicas y psicológicas de los solicitantes de asilo y al acceso al mundo laboral, entre otras. Además requiere que si el solicitante de asilo es detenido necesitará estar en centros especializados para los solicitantes.

⁹²⁵ CONSEJO Y PARLAMENTO EUROPEO. DOUE. L 180. 29 de junio de 2013. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:FULL:ES:PDF>

- El Reglamento de Dublín. El Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. El Reglamento de Dublín establece los criterios por los que se determina que país es responsable de tramitar una solicitud de asilo determinada, normalmente en función del primer país de llegada del solicitante. Tras la revisión de 2013, los solicitantes de asilo no serán transferidos a los países de la UE donde puede haber riesgo de trato inhumano o degradante. Además, también introduce un mecanismo de alerta preventivo para abordar los problemas de asilo de los sistemas nacionales y evitar futuras posibles crisis por saturación o falta de medios.

- El Reglamento de Eurodac. El paquete de asilo también modifica el Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. La modificación más controvertida respecto a este Reglamento ha sido la posibilidad de permitir a las fuerzas de la policía de los Estados miembros y a la Europol el registro de huellas de los solicitantes de asilo de la base de datos Eurodac para contribuir en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Un síntoma más del *proceso de securitarización* de la política de asilo de la Unión Europea.

Salvo la Directiva de Reconocimiento que entrará en vigor en diciembre de 2013, el resto de normas de la UE que conforman *el paquete de asilo* adoptado en junio de 2013 entrará en vigor en la segunda mitad del año 2015⁹²⁶.

A continuación, se presenta el estudio de las tres Directivas configuradoras de la política de asilo de la Unión Europea desde la perspectiva de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

⁹²⁶ COMISIÓN EUROPEA. Memo. “A Common European Asylum System”. Strasbourg, 12 de junio de 2013. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-532_en.htm

2. El reconocimiento del estatuto de refugiado y la concesión de la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género de acuerdo con la Directiva 2011/95/EU de Reconocimiento.

En diciembre de 2011, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2011/95/EU por la que se modificaron 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 y al contenido de la protección concedida ya establecidas en la anterior Directiva 2004/83/CE. El objeto de esta norma, conocida como la Directiva de Reconocimiento, no abarca ni los procedimientos para la concesión de la protección internacional ni las condiciones de acogida de las personas cuyas solicitudes han sido admitidas y esperan la respectiva resolución, cuyo análisis se presenta en los siguientes epígrafes.

En los considerandos noveno y decimoprimeros de la nueva Directiva⁹²⁷ se establecen los objetivos que motivaron la revisión de esta Directiva. Por un lado, la Directiva 2011/95/EU pretende alcanzar un mayor grado de armonización de las normas sobre el reconocimiento y el contenido de la protección internacional a partir de unos requisitos más exigentes. Conviene recordar que la versión de 2004 establecía unos mínimos comunes para la concesión del estatuto de refugiado, dejando a los Estados miembros la posibilidad de superarlos. Además, la versión enmendada pretende ir más allá de los mínimos comunes, manteniendo la posibilidad a los Estados de regular condiciones más favorables⁹²⁸.

Por otro lado, la Directiva persigue asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas con *necesidad*

⁹²⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/UE del 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.

⁹²⁸ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/EU. El artículo 3 establece que “los Estados miembros podrán introducir o mantener normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado o persona con derecho a protección subsidiaria, y para determinar el contenido de la protección internacional, siempre que tales normas sean compatibles con la presente Directiva.”

auténtica de protección internacional, evitando el temido abuso del derecho, y garantizar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros. Como se analiza posteriormente en este mismo capítulo, la divergencia en los procedimientos de concesión de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género sigue siendo en la actualidad uno de los desafíos de mayor relevancia para la consecución efectiva de un Espacio Europeo Común de Asilo.

Respecto al ámbito geográfico de aplicación de la Directiva, resulta pertinente indicar en este punto que algunos Estados miembros disponen de una *posición especial* respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, que les permite desarrollar mecanismos de participación legislativa *a la carta* respecto a la normativa comunitaria en materia de inmigración y de asilo⁹²⁹. Este es el supuesto de Irlanda y del Reino Unido, que aunque sí que están sujetos a la Directiva de Reconocimiento de 2004, optaron por no vincularse a la nueva versión de 2011. Dinamarca, por su parte, no está vinculada a ninguna de las versiones de la Directiva.⁹³⁰

El análisis material del contenido de la norma debe partir, en primer lugar, destacando el art. 2 de la Directiva que recoge los dos elementos constitutivos del estatuto de refugiado siguiendo lo dispuesto en la Convención de Ginebra. Así, el citado artículo entiende que una persona refugiada es “un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12”.

Esta definición incluye tanto los motivos de persecución: “raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social” como el elemento de persecución bajo los términos “no puede o, a causa de los fundados temores a ser perseguido, no quiere acogerse a la protección de tal país”, necesarios para el reconocimiento del estatuto de refugiado. A

⁹²⁹ *Ibidem*. Considerando nº 50

⁹³⁰ *Ibidem*. Considerando nº 51

continuación, se presenta un análisis de los elementos de la norma, para el reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual e identidad de género, dejando en un último apartado los caracteres de la protección subsidiaria y su concesión por motivos de orientación sexual e identidad de género.

2.1. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el motivo de pertenencia a un grupo social determinado

La existencia de una persecución debe estar vinculada necesariamente a uno de los motivos previstos por la Directiva de Reconocimiento. La norma comunitaria, a diferencia del estudiado art. 1. A.2) de la Convención de Ginebra de 1951, sí que establece la orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución, en cuanto que las personas de una determinada orientación sexual o identidad de género podrían conformar un *grupo social determinado*.

De este modo, el artículo 10, apartado 1, letra d, de la versión enmendada de la Directiva dispone que: “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo”.

En consecuencia, los Estados miembros están obligados a reconocer en sus legislaciones nacionales la posibilidad de conceder la protección internacional por motivo de la orientación sexual del solicitante. Además, esta nueva versión de la Directiva menciona de forma explícita la identidad de género como uno de

los aspectos relacionados con el sexo de la persona que deben atenderse para determinar la pertenencia o característica de un determinado grupo social⁹³¹.

Para acreditar la pertenencia a un determinado grupo social por parte de las personas LGBTI, la Directiva establece dos criterios. Por una parte, requiere que los miembros de dicho grupo compartan una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien que compartan una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella. Por otra parte, señala que dicho grupo debe poseer una identidad diferenciada en el país de que se trate al ser percibido como diferentes por la sociedad que lo rodea⁹³².

De acuerdo con la corriente doctrinal mayoritaria estos dos criterios, tanto el de la *característica innata o inmutable común* como el de la *percepción social de la identidad diferenciada*, deben operar de forma alternativa y no acumulativa⁹³³. Como se ha destacado en el capítulo IV del presente estudio, esta es la interpretación que establece el ACNUR respecto a la concurrencia de los elementos constituyentes de un determinado grupo social⁹³⁴.

Por tanto, las legislaciones nacionales de los Estados miembros deberán permitir la concesión de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género atendiendo, caso por caso, si en el país de origen las personas por ser lesbianas, gays, bisexuales, transexuales o intersexuales, constituyen un determinado grupo social. Para dicha conclusión las autoridades nacionales responsables deberán utilizar los criterios definitorios anteriormente citados, tanto el de la *característica innata o inmutable común* como el de la

⁹³¹ Recordemos que la versión de 2004 de la misma norma ya recogía la posibilidad de entender como causa la orientación sexual pero respecto a la identidad de género, bajo una redacción muy ambigua e imprecisa, establecía que podían “*tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo*” lo cual derivaba en una laguna legal ya superada que permitía la existencia de supuestos de inseguridad jurídica y de arbitrariedad de las autoridades nacionales con respecto a las personas transexuales que querían solicitar protección internacional por su identidad de género en la Unión Europea.

⁹³² PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/EU. *Op.cit.* Artículo 10, apartado 1, letra d.

⁹³³ TSOURDI, E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers*. ILGA Europe.2011.p.9.

⁹³⁴ ACNUR. Directrices sobre la protección internacional. Nº 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. *Op.cit.* parr. 44.

percepción social de la identidad diferenciada, de forma alternativa y no acumulativa.

En otro orden de términos, conviene subrayar que la posibilidad de conceder el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género, como miembros pertenecientes a un grupo social determinado, de una forma *restrictiva y condicionada*. Parece responder el legislador europeo al temor subyacente de *efecto llamada*, a todas las personas que por motivo de su orientación y/o identidad de género sufran o temen sufrir persecución, o al abuso del derecho por parte de aquellas personas que o bien no son lesbianas, gays, bisexuales, transexuales o intersexuales o bien no sufren o temen sufrir tal persecución.

La primera restricción la encontramos al inicio del artículo 10, apartado 1, letra d, según el cual puede incluirse la orientación sexual dentro del concepto de grupo social determinado sólo “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen”. Esta vinculación de los motivos de orientación sexual e identidad de género, por extensión analógica por lo dispuesto en el mismo apartado *in fine* de la citada disposición, a las circunstancias del país de origen exige el conocimiento por parte de las autoridades nacionales competentes para el reconocimiento de la protección internacional de la situación de cada país respecto al tratamiento otorgado a las personas LGBTI, lo que en muchas ocasiones ha servido de justificante para denegar sistemáticamente las solicitudes de protección internacional por tales motivos. Además, esta condición de valorar la persecución en función de las circunstancias imperantes en el país de origen discrimina los motivos de orientación sexual e identidad de género frente a los otros motivos objeto de protección internacional; raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, ante los que no se requiere tal contextualización de la persecución.

La segunda restricción se establece en la misma disposición al introducir que “no podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros”. A mi juicio, esta restricción resulta innecesaria, ambigua y claramente discriminatoria.

En primer lugar, este inciso es *innecesario* por dos motivos. Por una parte, porque en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea los actos

sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo son considerados como actos delictivos. Y, por otra, la propia Directiva en su art. 12 prevé entre los supuestos de exclusión la comisión de delitos graves comunes aplicable a todos los motivos de persecución.

En segundo lugar, este inciso es claramente *ambiguo* porque la orientación sexual en sí misma no tiene por qué implicar ninguna conducta tipificada como delito. De acuerdo con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la orientación sexual designa “*la capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas*”⁹³⁵.

En este sentido, la inclusión de este inciso parece responder a una carencia objetiva en la comprensión de la naturaleza y el contenido del término *orientación sexual* y supone una clara incursión por parte del legislador europeo en prejuicios discriminatorios que parecen vincular indirectamente la orientación sexual con conductas tipificadas penalmente en Europa como son los delitos de agresión sexual, agresiones y abusos a menores, acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y aquellos relativos a la prostitución y corrupción de menores, sobre los resulta independiente la orientación sexual del que comete tales actos.

Por último, este inciso es, de nuevo *discriminatorio* en relación con los otros motivos de persecución objeto de protección internacional, raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que la norma no requiere tal desvinculación de conductas delictivas salvo aquellas objeto de exclusión del artículo 12 de la Directiva.

⁹³⁵ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea. Informe de síntesis*. Op.cit. p. 7.

2.2. La naturaleza de los actos constitutivos de la persecución. Especial referencia al requisito de alternativa de huida interna.

Con relación a la persecución sufrida o temida, la normativa de la UE establece unos criterios mínimos tanto respecto a la naturaleza de dicha persecución como a las causas que deben originar dicha persecución para que sea concedida la protección internacional.

En primer lugar, los actos que entrañan persecución objeto de protección internacional deben ser suficientemente graves por su naturaleza o tienen que ser de carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales⁹³⁶.

En este sentido, el artículo 9 de la Directiva destaca que constituirán objeto de persecución aquellos actos “sean suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, es decir aquellos actos que de forma grave o reiterada violen el derecho a la vida, impliquen tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y supongan alguna forma de esclavitud o servidumbre.

Sin embargo, la Directiva matiza que también podrá ser entendida como constituyente de objeto de persecución la acumulación de varias medidas, “incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la vulneración de los derechos antes citados”.⁹³⁷

Esta disposición es clave para la resolución del debate doctrinal y jurisprudencial existente en torno a la gravedad exigida en la persecución para la concesión de la protección internacional, analizado previamente en el

⁹³⁶ PARALAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/EU. *Op.cit.* Artículo 9, apartado 1.

⁹³⁷ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 15, apartado 2º, dispone que “la disposición precedente no autoriza ninguna derogación del art. 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los arts. 3, 4 (párrafo 1) y 7”.

capítulo IV del presente estudio. El eje central del debate reside en si los actos de discriminación grave que puedan vulnerar derechos sociales básicos como el acceso a la asistencia sanitaria, al empleo o a la vivienda, por motivos de homofobia, bifobia o transfobia, pueden constituir en sí mismos objeto de persecución de gravedad suficiente para la concesión de la protección internacional.⁹³⁸

De acuerdo con la norma comunitaria, los Estados miembros sí deben conceder la protección internacional también en supuestos de discriminación, siempre que en aquellos el grado de discriminación por el que se vulneran sus derechos fundamentales sea tal que podría equipararse a la violación del derecho a la vida o a la perpetración de torturas o tratos inhumanos o degradantes, como es el supuesto de la denominada *muerte civil*.

De este modo, GOODWIN-GILL destaca que “incluso los abusos menos explícitos deberían ser suficientes, dependiendo de su naturaleza y severidad, y especialmente si se prueba su carácter repetitivo”⁹³⁹. Además, es preciso recordar, además, que el propio preámbulo de la norma en su considerando decimosexto hace referencia expresa al art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe todo tipo de discriminación, entre otros motivos, por orientación sexual⁹⁴⁰.

En este sentido, la Directiva de Reconocimiento se expresa en términos taxativos ya que en su art. 9, apartado 2º, establece en un listado *numerus apertus* ejemplos que suponen una persecución objeto de protección internacional. En todos ellos subyace el principio de protección frente a la discriminación. En él se incluyen:

- actos de violencia física o psíquica, incluidos los *actos de violencia sexual*,

⁹³⁸ Las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales en las Reclamaciones N° 14 *FIDH c. FRANCIA* y N° 47 *DCI c. PAÍSES BAJOS* evidencian la vinculación entre la dignidad de la persona y el derecho a la vida. En este sentido resulta llamativo que el primer instrumento internacional que mencionó la dignidad asociada a los derechos humanos lo hizo justamente vinculándola con los derechos sociales con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: «a) *todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*».

⁹³⁹ GOODWIN-GILL, G. et Mc ADAM, J. *The Refugee in International Law*. Oxford University Press. 2007.p.92.

⁹⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2001/95/EU. *Op.cit.* Considerando n°16

- medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de *manera discriminatoria*,
- procesamientos o penas que sean desproporcionados o *discriminatorios*,
- denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o *discriminatorias*,
- procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en situaciones de conflicto,
- actos dirigidos contra las personas *por razón de su sexo* o por ser niños⁹⁴¹.

En otro orden de términos, respecto a los agentes de persecución la Directiva requiere en su art. 6 que para que un Estado miembro de la UE conceda la protección internacional “la persecución debe ejecutarse por parte del Estado de origen o por los partidos u organizaciones que controlan el Estado de origen o una parte considerable de su territorio”⁹⁴².

Además, la persecución también puede perpetrarse “por parte de agentes no estatales, siempre que se pueda demostrar que los anteriores actores, incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en la norma”⁹⁴³. Esta posibilidad es adquiere relevancia para las personas LGTBI porque muchas de ellas son víctimas, como se ha destacado en el capítulo I del presente estudio, de graves violaciones de sus derechos fundamentales perpetradas no sólo por parte de actores estatales sino también por parte de grupos sociales e, incluso, por su propia familia. Desde esta perspectiva, entendemos que cobra relieve la idea de *obligaciones positivas* y, en conexión con ella, de *horizontalidad y protección frente a terceros* (doctrina de la *Drittwirkung*) como criterio interpretativo tendente a dotar de efecto útil a los instrumentos de derechos humanos y, por ende, al goce efectivo de éstos.

La misma Directiva explica, a continuación, que para entender que la persona está protegida en su Estado frente a los daños graves, y por lo tanto

⁹⁴¹ *Ibidem*. Art.9

⁹⁴² *Ibidem*. Art.6

⁹⁴³ *Ibidem*. Art. 6

no necesita la protección internacional, “la protección deberá ser garantizada por el Estado, o los partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio. La protección debe ser, en todo caso, efectiva y no temporal.”⁹⁴⁴

Estos requisitos de efectividad y permanencia de la protección interna responden a un debate doctrinal e institucional respecto a la relevancia del papel de las ONGs que se encuentran en el país de origen como posibles agentes de protección. Es por ello que la norma enfatiza la naturaleza definitiva y efectiva de la protección evitando así que se proceda a la denegación del asilo por falta de solicitud de protección ante ONGs que, dentro de sus conocidas limitaciones, ofrecen en algunos casos asistencia a las víctimas de violaciones de derechos humanos⁹⁴⁵.

Por último, en relación con el comentado requisito de alternativa de huida interna, la Directiva, establece en su art. 8 que el criterio de desplazamiento interno sólo opera cuando la persona que sufre persecución puede viajar con seguridad y legalmente a esa parte del país, ser admitida en ella y es razonable esperar de ella que se establezca allí.⁹⁴⁶

Este requisito de alternativa de huida interna afecta de forma directa a los solicitantes por motivos de orientación sexual e identidad de género ya que, como se destaca en un siguiente epígrafe, un significativo número de Estados miembros de la Unión han exigido este requisito previo incluso en aquellos supuestos en los que los solicitantes proceden de países en donde se penalizan los actos sexuales mantenidos libremente entre adultos del mismo sexo.

Por tanto, a tenor de lo establecido por la norma comunitaria, debe excluirse la aplicación de este requisito en los casos en los que la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género esté sancionada por la legislación penal del país de origen ya que, con independencia de su ubicación, el riesgo real persiste en cualquier parte del territorio y el acceso a las

⁹⁴⁴ *Ibidem*. Art. 7.

⁹⁴⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/83/CE 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 y al contenido de la protección concedida. 16 de junio de 2010. COM (2010) 314 final.p.6.

⁹⁴⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2001/95/EU. *Op.cit.* Art.8

autoridades no es factible so pena de sufrir una sanción a consecuencia misma de la orientación sexual o identidad de género⁹⁴⁷.

2.3. Criterios para valorar la credibilidad del relato del solicitante

Otra de las divergencias más relevantes entre los Estados miembros respecto a la concesión de la protección internacional está basada en la disparidad de criterios que se aplican respecto al juicio de la verisimilitud del relato. En muchos de los supuestos de solicitud de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género, el solicitante se encuentra en tal grado de desprotección y vulnerabilidad que carece de cualquier elemento de prueba que acredite tanto la persecución sufrida como la orientación sexual que la origina. En cualquier caso, en el análisis de la prueba debe tenerse en cuenta las garantías procesales básicas para evitar entrar en cualquier tipo de vulneración de los derechos fundamentales del solicitante.

La Directiva de Reconocimiento clarifica diferentes aspectos sobre esta cuestión estableciendo unos parámetros mínimos que, respecto a la valoración del relato, deben garantizarse en todo momento del proceso. Todo ello, sin perjuicio de que la Directiva de Procedimiento recientemente revisada, cuyo análisis se presenta en el siguiente epígrafe, también establece una serie de garantías especiales para las personas vulnerables entre las que se encuentran las personas LGBTI.

De este modo, por una parte, de acuerdo con el art.4.5 de la Directiva de Reconocimiento, no es necesaria para la concesión de la protección internacional la prueba de todos los elementos del relato. De acuerdo con la versión enmendada de la Directiva, y en contra de la práctica habitual requerida por las autoridades y los tribunales de algunos Estados miembros, la falta de indicios suficientes para la acreditación del relato no puede ser decisiva para la

⁹⁴⁷ Así lo entiende también la ILGA que denuncia que los solicitantes de protección internacional LGBTI procedentes de estos países no pueden acudir a las autoridades del país de origen para solicitar protección ya que les puede conllevar al establecimiento de sanciones por su orientación sexual o por su identidad de género y, consecuentemente, requiere a los países receptores que no apliquen el criterio de desplazamiento interno en estos supuestos. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers*. 2011. P. 9.

denegación de la protección internacional. En el supuesto en el que no queden probados todos los extremos de relato deberá examinarse de forma individualizada cada caso presentando la debida atención a la autenticidad en la fundamentación, la coherencia y verisimilitud del relato, la rapidez en la que se presenta la solicitud desde el momento en el que le es factible al solicitante y la credibilidad general otorgada al mismo.⁹⁴⁸

En segundo lugar, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la citada norma, debe concederse la protección internacional también en el supuesto en el que los fundados temores a ser perseguido o el riesgo real de sufrir daños graves se basen en acontecimientos que hayan tenido lugar incluso después de que el solicitante hubiera dejado ya su país de origen. Destaca dicho precepto que los fundados temores a ser perseguido o el riesgo real de sufrir daños graves podrán basarse en las actividades en que haya participado el solicitante desde que dejó el país de origen, en particular si se demuestra que las actividades en que se basen *constituyen la expresión y continuación de convicciones u orientaciones* mantenidas en el país de origen⁹⁴⁹.

De este modo, de acuerdo con la normativa comunitaria, puede otorgarse la protección internacional a aquellas personas LGTBI aunque los actos objeto de persecución en su país de origen sean realizados a la salida de éste como, por ejemplo, mantener una relación afectiva con una persona del mismo sexo. En cualquier caso, tal y como matiza la norma, deberá tenerse en consideración que tales actividades “están vinculadas con convicciones u orientaciones mantenidas ya en el país de origen, lo que aplicado al objeto de nuestro

⁹⁴⁸ El artículo 4, apartado 5 de la Directiva dispone que cuando los Estados miembros apliquen el principio según el cual el solicitante ha de fundamentar la solicitud de protección internacional y si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;
- b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;
- c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;
- d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así, y
- e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante.

⁹⁴⁹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2001/95/EU. *Op.cit.* Art. 5.

estudio, podría inducir a la exigencia de un cierto grado de vivencia de la orientación sexual o identidad de género en el país de origen.”⁹⁵⁰

La ambigüedad de esta disposición proyecta efectos relevantes para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género. El hecho de prestar *particular* atención a las *convicciones u orientaciones* mantenidas en el país de origen entra en conflicto paradójicamente con el controvertido requisito de discreción, exigido por algunas de las jurisdicciones de los Estados miembros y recientemente rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en noviembre de 2013, tal como se analiza en los últimos epígrafes del presente capítulo. La práctica de algunos Estados miembros de la Unión Europea parece exigir que los solicitantes LGBTI sean defensores de derechos humanos, activistas o líderes políticos que vivan abiertamente su orientación sexual o identidad de género y, sólo como consecuencia de tal realidad, sufran persecución.

2.4. Derecho de unidad familiar en los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Respecto a la obligación de los Estados de mantener la unidad familiar de aquellos a quienes se les concede tanto el reconocimiento del estatuto del refugiado como la protección subsidiaria, la Directiva prevé la extensión de algunos derechos derivados de la protección internacional, principalmente de aquellos derechos sociales como el acceso al empleo, a la vivienda o a la atención sanitaria, a los familiares de los solicitantes.⁹⁵¹

La regulación de la reunificación familiar de los refugiados no entra en el ámbito de regulación de la Directiva de Reconocimiento sino en el de la Directiva 2003/86/EC, conocida como la Directiva de reunificación familiar. Si bien, conviene subrayar que para la regulación de la reunificación de los

⁹⁵⁰ *Ibidem.*

⁹⁵¹ El artículo 23 de la Directiva 2011/95/EU, en sus apartados 1 y 2, dispone: 1. Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar. 2. Los Estados miembros velarán por que los miembros de la familia del beneficiario de protección internacional que no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección tengan derecho a solicitar las prestaciones previstas en los artículos 24 a 35, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con la condición jurídica personal del miembro de la familia de que se trate.

familiares de aquellas personas beneficiarias de la protección subsidiaria tampoco la Directiva de reunificación es aplicable, por lo que queda en el ámbito de las legislaciones nacionales⁹⁵².

Para conocer qué entiende la Directiva por miembros de la familia debemos remitirnos al art. 2. j) en el que se incluyen los siguientes miembros:

- el cónyuge del beneficiario de protección internacional o *la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o la práctica del Estado miembro en cuestión otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa referente a nacionales de terceros países,*
- los hijos menores de las parejas mencionadas en el primer guion o del beneficiario de protección internacional, siempre que no estén casados, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de conformidad con la legislación nacional,
- el padre, la madre u otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado.⁹⁵³

Requiere, además, la citada disposición que a efectos de la extensión de los derechos derivados de la protección internacional se considerará miembro de la familia sólo a aquellos que se encuentren en el mismo Estado miembro en relación con su solicitud de protección internacional, siempre que la familia existiera ya en el país de origen, excluyendo por tanto lo familiares que se encuentren en el país de origen y las personas con las que se establecen vínculos familiares una vez dejado el país de origen.

Esta cuestión suscita una clara controversia respecto a la posible extensión de los derechos sociales a los familiares de los beneficiarios por motivos de orientación sexual e identidad de género y, especialmente, en el supuesto de sus parejas del mismo sexo. Dado que la norma remite para el reconocimiento de las parejas de hecho que mantienen una relación estable a la normativa

⁹⁵² CONSEJO. Directiva 2003/86/EC sobre el derecho a la reagrupación familiar de 22 de septiembre de 2003.D.O.U.E. L 251/12. 3.10.2003 artículo 3, apartado 2.

⁹⁵³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2001/95/EU. *Op.cit.Art.2.j)*

interna de cada Estado miembro, nos encontramos ante una manifiesta *fragmentación* de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en función del Estado miembro en que se solicite.

Debemos recordar que el reconocimiento de efectos civiles que se le otorga a las parejas del mismo sexo es competencia de cada Estado miembro⁹⁵⁴. En la actualidad, tenemos un escenario marcado por las divergencias existentes entre los diversos regímenes civiles sobre matrimonio y uniones civiles de parejas del mismo sexo en la Unión Europea. Sólo 7 Estados miembros reconocen el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y 13 Estados miembros conceden efectos civiles a las uniones formadas por personas del mismo sexo⁹⁵⁵.

Por tanto, según se solicite la protección ante un Estado miembro u otro, la pareja del mismo sexo del solicitante podrá obtener o no la extensión de la protección internacional del beneficiario en función del reconocimiento que la normativa interna del Estado receptor le otorgue a las parejas del mismo sexo. Esta situación produce un claro supuesto de inseguridad jurídica, que requiere una urgente armonización⁹⁵⁶ de la normativa por parte de los diferentes Estados miembros, y de discriminación manifiesta encontrándonos ante una vulneración del artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que prohíbe todo tipo de discriminación por, entre otros motivos, la orientación sexual.

⁹⁵⁴El Artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que: “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁹⁵⁵De acuerdo con el Informe anual de 2013 de Ilga Europe sobre la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales en Europa, se reconoce el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Portugal y Suecia. Según el mismo informe se reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y República Checa.

⁹⁵⁶El artículo 81, apartado 3, del Tratado de Lisboa, TFUE, faculta la adopción de medidas concernientes al derecho de familia siempre que revistan transcendencia supranacional. Así dispone que: las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

2.5. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género

Uno de los grandes avances que supuso la Directiva de Reconocimiento de 2004 fue la introducción de la protección subsidiaria para aquellos nacionales de un tercer país o apátridas que sin reunir los requisitos para ser refugiado, se den motivos fundados para creer que, al regresar a su país de origen o, en el caso de los apátridas, al país de su anterior residencia habitual, podrían enfrentarse a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en la norma.⁹⁵⁷

Tanto el reconocimiento del estatuto de refugiado como el de la protección subsidiaria implican la concesión de una serie de derechos fundamentales cuyo reconocimiento y ejercicio deben ser garantizados por el Estado receptor. Además de los derechos de no devolución, de información, de residencia, de libertad de circulación y de mantenimiento de la unidad familiar, la Directiva incluye una serie de derechos sociales como el del acceso al empleo, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la educación, a la protección social y a los instrumentos de integración de inmigrantes⁹⁵⁸. En la Directiva de 2004 existían diferencias respecto al ejercicio de estos derechos en función de si reconocía el estatuto de refugiado o se reconocía la protección subsidiaria. La versión enmendada de la Directiva alinea el contenido de las dos categorías de protección internacional en aras de una mayor uniformidad entre los estatutos.

Desde 2004, la protección subsidiaria ha sido concedida por las autoridades y tribunales nacionales en tanto que los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género no conseguían obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado. Dos son las principales vías por las que se ha considerado la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género. Por una parte, en aquellos supuestos en los que en el país de origen se penalicen los actos sexuales mantenidos entre adultos

⁹⁵⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/EU. *Op.Cit.* El artículo 15 de la define los daños graves constitutivos de objeto de la protección subsidiaria: “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.

⁹⁵⁸ *Ibidem*. Capítulo VII “Contenido de la Protección Internacional”.

del mismo sexo, en los casos en los que no se haya podido probar la perpetración efectiva de la persecución individualizada del solicitante y, por otra parte, de forma más habitual que en los supuestos anteriores⁹⁵⁹, en los casos en los que se acredita haber sufrido torturas o riesgo real a poder sufrirlas por motivos de orientación sexual e identidad de género.

3. Las garantías de procedimiento para la concesión de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género establecidas Directiva 2013/32/UE de Procedimiento

La Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, conocida como la Directiva de Procedimiento, estableció las garantías mínimas para el acceso a un procedimiento de asilo justo y eficiente. En junio de 2013, esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional que pretende avanzar en el desarrollo de los estándares mínimos para los procedimientos de concesión y denegación de la protección internacional en los Estados miembros con el ulterior objetivo de crear un procedimiento de asilo común en la Unión.⁹⁶⁰

Las instituciones comunitarias han hecho esfuerzos considerables para intentar conciliar tanto las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Público como aquellas emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con las exigencias y requisitos prácticos de los sistemas modernos de asilo. A pesar de ello, de acuerdo con el ACNUR, se han perdido algunas oportunidades importantes para superar lagunas legales ya existentes y para clarificar algunas de las disposiciones demasiado vagas o complejas⁹⁶¹.

⁹⁵⁹TSOURDI. E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers*. Op.cit.p.11

⁹⁶⁰ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) de 26 de junio de 2013. D.O.U.E. L 180/60 29.6.2013. Considerando n.º 12

⁹⁶¹ ACNUR. "Moving Further Toward a Common European Asylum System". *UNCHR's statement on the EU asylum legislative package*. Junio 2013. p.1.

La nueva Directiva de Procedimiento prevé una serie de medidas que afectan de positivamente a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. Mucho más sensible que su versión anterior a las cuestiones de género, la nueva Directiva introduce una serie de parámetros mínimos y de obligaciones para los Estados miembros respecto a las garantías necesarias de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales.

En primer lugar, la Directiva requiere a los Estados miembros la adopción de mecanismos de identificación para las *personas vulnerables*, entre las que incluye aquellas perseguidas por motivo de su orientación sexual o identidad de género. La norma define como solicitante *con necesidad de garantías procesales especiales* a “aquellas cuya capacidad para beneficiarse de los derechos y cumplir con las obligaciones establecidos en la Directiva es limitada debido a circunstancias personales”⁹⁶².

El preámbulo de la nueva versión establece en su considerando vigesimonoveno que algunos solicitantes pueden necesitar garantías procesales especiales en función de “su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave o desorden mental.”⁹⁶³ Del mismo modo, también afirma que dichas garantías procesales especiales podrán ser requeridas a consecuencia de haber sufrido tortura o alguna forma de violencia física, psicológica o sexual. De este modo, cuando un Estado miembro reciba una solicitud de asilo debe comprobar si el solicitante necesita las garantías especiales de procedimiento que enumera la nueva Directiva⁹⁶⁴.

Los Estados miembros deben asegurarse de que las necesidades de los solicitantes LGTB son atendidas, incluyendo las de aquellos que son identificadas durante el procedimiento y no *ab initio*. Este mecanismo de

⁹⁶² PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/32/UE. *Op.Cit.* Artículo 2, letra d.

⁹⁶³ *Ibidem*. Preámbulo.

⁹⁶⁴ Respecto a la obligación del Estado miembro de identificar a las personas necesitadas de garantías procesales especiales el considerando nº 29 de la Directiva 2013/32/EU establece que: “Algunos solicitantes pueden necesitar garantías procedimentales especiales por razón, entre otros, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. Los Estados miembros deben esforzarse por identificar a los solicitantes necesitan garantías procedimentales especiales antes de que se adopte la resolución en primera instancia. A estos solicitantes se les debe prestar el respaldo adecuado, incluyendo el tiempo necesario, a fin de crear las condiciones necesarias para que tengan efectivamente acceso a los procedimientos y puedan presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional.”

identificación ha sido uno de los objetos de mayor oposición por parte de los Estados miembros y supone uno de los principales logros de la nueva Directiva.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Directiva, los Estados deberán identificar a los solicitantes de asilo que necesiten de las garantías especiales, determinar la naturaleza de dichas necesidades y atenderlas de forma adecuada estableciendo unos procedimientos sensibles a la orientación sexual y a la identidad de género del solicitante. Esto implica, además, que en aquellos supuestos en los que no se puedan proporcionar las garantías procesales especiales que las personas LGTBI requieren en los procedimientos en frontera o en aquellos que la norma regula como breves o acelerados, los solicitantes deben quedar exentos de tales procedimientos. Por esta misma necesidad especial, la norma exige que a los solicitantes LGTBI se les otorguen unas garantías adicionales en aquellos supuestos en los que el recurso contra la denegación no produce efectos suspensivos.⁹⁶⁵

En segundo lugar, la nueva Directiva de Procedimiento establece como obligatoria la entrevista personal. Esta debe realizarse en todos los supuestos incluso para la determinación de la admisibilidad a trámite de la solicitud, algo que no se realiza en todos los Estados miembros y que es de esencial relevancia para los solicitantes LGTBI puedan expresar el origen de su persecución. Además, en contra de la práctica de muchos Estados miembros, la norma comunitaria exige desarrollar un informe detallado sobre la entrevista personal.

En la entrevista personal, además, la Directiva requiere que los Estados miembro deben asegurar que aquellas personas encargadas de llevarla a cabo la realicen bajo las condiciones necesarias que permita a los solicitantes presentar el motivo de persecución por el que solicitan asilo *de una manera comprensiva*. Como la práctica evidencia, los solicitantes de asilo LGTBI tienen serias dificultades para expresar su orientación sexual o su identidad de género al pertenecer estas manifestaciones al ámbito de su intimidad más privada y a consecuencia misma de la persecución institucional, social y familiar sufrida en sus países de origen.

⁹⁶⁵ *Ibidem*. Considerando nº30 y artículo 24.

Es por ello que la Directiva dispone, en su art. 15.3, que los Estados miembros se asegurarán de que la persona que vaya a celebrar la audiencia es suficientemente competente para tener en cuenta “*las circunstancias personales o generales de la solicitud, incluidas las raíces culturales, e género, la orientación sexual, la identidad de género o la vulnerabilidad del solicitante*”⁹⁶⁶. La inclusión de la orientación sexual y de la identidad de género en este apartado es uno de los principales avances que en este ámbito introduce la nueva versión respecto a la anterior.

Para ello, es fundamental que todos los agentes que intervienen en el proceso; miembros de la policía, instructores y operadores jurídicos, reciban una formación adecuada inclusiva de la perspectiva de género necesaria para garantizar los derechos fundamentales del solicitante LGBTI. La nueva versión de la norma comunitaria requiere, en este sentido, formación obligatoria para las autoridades competentes, partiendo del Currículo Europeo de Asilo (CEA) de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo⁹⁶⁷. El artículo 34.2 en este sentido, establece que “los Estados miembros asegurarán que el personal responsable de llevar a cabo las audiencias reciba la formación básica necesaria, especialmente respecto al derecho internacional de los derechos humanos, al derecho comunitario de asilo y a las técnicas para la realización de entrevistas”.⁹⁶⁸

Respecto a la consideración de los llamados terceros países seguros, la norma comunitaria establece que esta categorización no debe operar como una garantía absoluta para la seguridad de los nacionales de aquel país⁹⁶⁹. Este aspecto es de suma relevancia para la concesión de la protección internacional

⁹⁶⁶ *Ibíd.* Art.15.3

⁹⁶⁷ *Ibíd.* El considerando nº16 dispone, en este sentido, que “*es esencial que las decisiones relativas a todas las solicitudes de protección internacional se tomen sobre la base de los hechos y, en primera instancia, por las autoridades cuyo personal tenga el conocimiento adecuado o reciba la formación necesaria en el ámbito de la protección internacional.*”

⁹⁶⁸ *Ibíd.* Art.34.2

⁹⁶⁹ *Ibíd.* Señala el considerando nº42 que “*la designación de un tercer país como país de origen seguro no podrá, a los fines de la presente Directiva, establecer una garantía absoluta de seguridad para los nacionales de dicho país. Por su propia naturaleza, la evaluación que sustenta la designación solo puede tener en cuenta las circunstancias civiles, jurídicas y políticas generales de dicho país y el hecho de si los agentes de la persecución, la tortura, el trato inhumano o degradante o los castigos están sometidos a sanción en la práctica cuando se los considera responsables en dicho país. Por dicho motivo, es importante que, cuando un solicitante demuestre que existen motivos válidos para que no se considere a un país como seguro en sus circunstancias particulares, la designación del país como seguro ya no puede considerarse en cuanto a lo que dicho solicitante se refiere.*”

a las personas LGTBI procedentes de los denominados países seguros en muchos de los cuales, a pesar de su consideración, como hemos destacado anteriormente se constatan altos índices de persecución, abuso físico, psíquico y sexual, actos de violencia y de discriminación grave por motivos de orientación sexual e identidad de género. La norma establece de forma taxativa que cuando un solicitante demuestre que existen válidas razones para considerar que su país no es seguro respecto a sus circunstancias individualizadas, la designación de país seguro no le será aplicable.

Por otra parte, la norma comunitaria prevé otra garantía específica para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género respecto a la resolución de denegación de la protección internacional. Tanto la denegación del reconocimiento del estatuto de refugiado como la de la protección subsidiaria para cualquier solicitante deberán ser redactadas por escrito y deberán estar suficiente motivadas tanto en los hechos como en los fundamentos jurídicos. Pero además, respecto a los solicitantes LGTBI, se exige que la resolución siempre sea individualizada incluso en los supuestos en los que los solicitantes sean dependientes o familiares unos de otros para salvaguardar el derecho a la intimidad de los solicitantes⁹⁷⁰.

Por último, debe destacarse que la nueva Directiva regula, en sus arts.18 y 25. 5, los criterios mínimos sobre otra de las cuestiones que más debate ha suscitado tanto a nivel doctrinal como institucional: el uso de pruebas médicas para acreditar la credibilidad del relato. En este sentido, siguiendo lo dispuesto en el articulado de la norma podemos extraer que las pruebas médicas deben caracterizarse por los siguientes elementos:

1. La obligatoriedad de la prestación del consentimiento voluntario y libre del solicitante. Si el solicitante se negase a proceder a la prueba médica dicha conducta no puede fundamentar ningún indicio de prueba ni afectar a la concesión o denegación de la protección internacional.

2. El absoluto respeto a la dignidad del individuo y a sus derechos fundamentales, tales como el de derecho a la integridad física y psicológica o el derecho a la intimidad. Además la prueba médica deberá ser lo menos invasiva posible.

⁹⁷⁰ *Ibídem.* artículo 11.

3. La cualificación profesional médica. El examen médico deberá ser realizado por profesionales médicos cualificados que puedan garantizar la fiabilidad del resultado.

4. La gratuidad de la prueba médica. A menos que el solicitante desee hacerse el examen con otros profesionales o en otro momento al indicado por las autoridades competentes, será el Estado receptor el que corra con los gastos de la prueba médica.

4. Las garantías exigidas para la acogida de los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Directiva 2013/33/UE de Acogida

Como el resto de Directivas del nuevo paquete de asilo aprobado en junio de 2013, la Directiva 2013/33/UE modifica la anterior Directiva 2003/9/CE por la que se aprobaron las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros.⁹⁷¹

Los objetivos de la revisión de la nueva Directiva de Acogida persiguen, por una parte, garantizar unas condiciones de adecuadas de acogida en los Estados miembros respetuosas con los derechos fundamentales de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, por otra parte, asegurar la consistencia con los otros instrumentos de asilo⁹⁷².

La Directiva de Acogida establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional asegurando que éstos tengan acceso a una vivienda, a una alimentación adecuada, a los servicios de asistencia sanitaria, a un empleo o a la atención médica y psicológica.

La nueva Directiva obliga a los Estados miembros a atender las necesidades especiales de acogida que requieren las personas vulnerables, entre las que se

⁹⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) de 26 de junio de 2013 D.O.U.E. L 180/96. 29.6.2013

⁹⁷² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Posición del Consejo en primera lectura con vista a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo que establecen las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional*. 6 de junio de 2013.

hayan las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. Para ello, los Estados miembros estarán obligados a llevar a cabo mecanismos de identificación de las necesidades especiales de acogida de las personas LGTBI.

Para evitar la sobrecarga que, en ocasiones, implica la burocracia administrativa, la norma destaca que no será necesaria la regulación de un procedimiento administrativo nuevo sino que la atención a dichas necesidades puede quedar integrada en los procedimientos nacionales de acogida ya existentes.

La nueva Directiva, por primera vez, establece los criterios mínimos comunes de detención de los solicitantes de asilo, obligando a los Estados miembros que aseguren que sus derechos fundamentales estén plenamente garantizados prestando la especial atención a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las personas LGTBI, sobre quienes se disponen garantías específicas que restringen su detención⁹⁷³. Además, el art.18.4 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales, en los locales y centros de acogida a que se refiere el apartado 1, letras a) y b).

Respecto a las personas LGTBI, que han sufrido serios actos de violencia física, psíquica o verbal o torturas o tratos y penas inhumanos o degradantes por su orientación sexual o identidad de género, la norma prevé la prestación de tratamiento y asistencia médicos y psicológicos. En este sentido, el art. 21 de la nueva Directiva dispone que: “en la legislación nacional por la que se apliquen las disposiciones de la presente Directiva, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia

⁹⁷³ COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Asuntos de Interior. Página web sobre el Asilo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index_en.htm. Revisada por última vez el 20/06/2013.

psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina.”⁹⁷⁴

Por último, conviene destacar que la nueva versión de la Directiva establece que aquellas personas que trabajen con personas vulnerables necesitarán una continua y apropiada formación y deberán seguir unas normas de confidencialidad⁹⁷⁵.

5. Las principales divergencias existentes en el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de las personas LGBTI entre los Estados miembros de la Unión Europea

5.1. Las divergencias existentes sobre los efectos de la penalización de los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo para la constitución del acto de persecución.

La penalización de los actos mantenidos entre personas adultas del mismo sexo en el país de origen tiene efectos muy distintos respecto a la concesión de la protección internacional según nos encontremos ante un Estado miembro u otro.

En algunos países, como Alemania, Reino Unido, Finlandia o Suecia, además de la existencia de una norma punitiva, que tipifiquen condenas como la privación de libertad o la condena a muerte por los actos mantenidos entre hombres o mujeres del mismo sexo, se requiere el hecho de que en los países

⁹⁷⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/EU. *Op. Cit.* Art.31

⁹⁷⁵ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/EU. *Op. Cit.* El art. 32.1 de la dispone respecto al intercambio de datos sanitarios antes de efectuar el traslado que: “con el único fin de prestar asistencia médica o tratamiento, en particular a las personas discapacitadas, las personas mayores, las mujeres embarazadas, los menores y las personas que han sido víctimas de torturas, violación u otras formas graves de violencia sexual, física y psicológica, el Estado miembro que proceda al traslado transmitirá al Estado miembro responsable, en la medida en que disponga de ella de conformidad con el Derecho nacional, información sobre las necesidades especiales de la persona que deba ser trasladada que, en determinados casos específicos, incluirá información sobre el estado de salud física y psíquica de dicha persona. La información se transmitirá mediante un certificado médico común junto con los documentos necesarios. El Estado miembro responsable garantizará que se atiendan adecuadamente esas necesidades especiales, incluida la asistencia médica que se requiera.”

de origen se dé la aplicación efectiva de la norma que penalice los actos homosexuales.

Destaca, en este sentido, la sentencia del Reino Unido *M (Uganda) and OO (Sudan) contra el Secretario de Estado de Interior* en la que la Corte británica estimó que una norma que penalice los actos homosexuales sin aplicación efectiva no supone en sí misma un motivo de persecución⁹⁷⁶. En octubre de 2012, un hombre procedente de Nigeria que alegó ser homosexual fue repatriado, a pesar de expresar su miedo a sufrir persecución por su orientación sexual, por falta de credibilidad en el relato⁹⁷⁷.

Alemania también es uno de los Estados miembros que exige la aplicación efectiva de la norma punitiva. En junio de 2012, el Tribunal Administrativo de Bayreuth rechazó la solicitud de asilo a una mujer lesbiana de Irán a la que se exigió que volviera a su país y que viviera “discretamente”, ocultando su orientación sexual. La solicitante recurrió la resolución y obtuvo la concesión del permiso de residencia por un año⁹⁷⁸. En cualquier caso, se aprecia una tendencia hacia el reconocimiento de la protección internacional de las personas LGTBI procedentes de países donde se condena la homosexualidad aunque no se produzca efectivamente ni de forma individualizada tal persecución.⁹⁷⁹

En Francia, la aplicación efectiva de la norma sancionadora también es requisito necesario para la concesión de la protección internacional. Aunque como destacan JANSEN y SPIJKERBOER, independientemente de que la norma no sea efectivamente siempre aplicada, basta con que lo sea de forma regular para que se conceda el reconocimiento del estatuto de refugiado. El mismo criterio se aplica en Bélgica.⁹⁸⁰

Finlandia es otros de los Estados que con asiduidad rechaza solicitudes de personas LGTB provenientes de países donde hay pena de muerte por

⁹⁷⁶ COURT OF APPEAL. ENGLAND AND WALES. 18 November 2009. *JM (Uganda) and OO (Sudan) v Secretary of State for the Home Department*. 2009. EWCA. Civ 1432; 2010. All. ER (D) 17 (jun).

⁹⁷⁷ ILGA-Europe. *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*. 2013. p.228.

⁹⁷⁸ *Ibidem*. p.107

⁹⁷⁹ JANSEN, S et SPIJKERBOER., T. *Fleeing from Homofobia*, Vrije Universiteit Amsterdam. 2011.p.23 En algunos casos concernientes a solicitantes LGTBI procedentes de Irán o Camerún. Mientras que esto no se ha aplicado a los solicitantes LGTBI procedentes de Marruecos.

⁹⁸⁰ *Ibidem* p.22

mantener actos sexuales entre personas del mismo sexo.⁹⁸¹ En Suecia, del mismo modo, las autoridades competentes han rechazado solicitudes de personas LGTB provenientes de Uganda, Arabia Saudita, Irán y Afganistán, a pesar de los informes de persecución⁹⁸².

En otros países, además, el requisito es doble. No sólo se requiere que la penalización de los actos mantenidos entre personas del mismo sexo sea efectiva sino que además se lleve a cabo de forma individualizada sobre el solicitante. Este es el caso, como se analiza en un epígrafe posterior, de España. Noruega, por su parte, también aplica este criterio de la persecución efectiva e individualizada. En 2012 se rechazó la solicitud de un hombre homosexual de Afganistán y de una pareja de lesbianas procedentes de Irán, aunque estas últimas recibieron el asilo por vía jurisdiccional tras recurrir la denegación.⁹⁸³

La exigencia de la aplicación efectiva de la norma punitiva produce un claro supuesto de vulneración del derecho de asilo. De acuerdo con los parámetros establecidos por la propia Convención de Ginebra de 1951 y de acuerdo con las diferentes directrices del ACNUR antes estudiadas, la mera existencia de una norma sancionadora implica en sí misma un acto de persecución objeto de protección internacional. Este razonamiento, contrario a la práctica habitual de algunos de los Estados miembros, responde a dos argumentos fundamentales.

Por una parte, recordemos que en los supuestos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, la persecución suele perpetrarse, como hemos señalado previamente, tanto por parte de agentes oficiales como por otros actores y grupos de la comunidad en la que vive el solicitante. La regulación sancionadora de estos actos, aunque no se aplique de forma efectiva, sirve como título de legitimación para la realización de los actos de violencia psíquica, física y sexual realizados por miembros de la sociedad, de la comunidad religiosa o de la familia contra las personas LGTBI.

Por otra parte, además, la existencia de un régimen punitivo contra los actos mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, aunque no se apliquen de

⁹⁸¹ Caso de un homosexual procedente de Irán que la Corte Suprema de Finlandia ha devuelto a las autoridades de inmigración para su revisión después de la denegación y su posterior recurso. ILGA-Europe. *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*. 2013. p.91

⁹⁸² *Ibidem*. p.209.

⁹⁸³ *Ibidem*. p.173.

forma efectiva las sanciones impuestas por la norma, actúa como muralla que imposibilita a las personas LGTBI el acceso a las autoridades nacionales para recabar protección interna por miedo a sufrir persecución por parte de las mismas autoridades a las que habría que solicitar protección.

En este sentido, resulta apropiada la postura de Italia, en donde la aplicación efectiva de la norma punitiva no es requisito para la justificación de un temor fundado a sufrir persecución por parte del solicitante. El Tribunal de Casación italiano ha establecido que la existencia de normas penales sancionadoras de los actos homosexuales (en el caso el art 319. del Código penal de Senegal) constituye “per se una condición general de privación del derecho fundamental de vivir libremente la vida sexual y afectiva de cada uno”⁹⁸⁴. Según el Tribunal tal privación representa una “violación de un derecho fundamental, consagrado en nuestra Constitución, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” que “(...)se refleja, automáticamente, en la condición individual de las personas homosexuales poniéndola en una situación objetiva de persecución tal que justifica la concesión de la protección solicitada”⁹⁸⁵.

5.2. Las divergencias existentes en los procedimientos para acreditar la credibilidad del relato del solicitante de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género

Por otra parte, la práctica de los Estados miembros también difiere de forma sustantiva en la credibilidad que se le otorga al testimonio del propio solicitante. Es esta, sin lugar a dudas, una de las cuestiones más sensibles respecto a la concesión o denegación del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. Resulta complejo decidir si el solicitante de asilo está siendo sincero sobre la base de su propio testimonio, dados los

⁹⁸⁴ TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO. Sentencia 15981/2012.

⁹⁸⁵ Con esta sentencia el Tribunal de Casación italiano supera otra previa, la sentencia 16417/2007 que requería para integrar los extremos del hecho persecutorio verificar si “la sanción penal era prevista en relación con la cualidad del agente, y no necesariamente con la práctica que realmente persiguen”. De este modo, con la sentencia 15981/2012, el Tribunal supera radicalmente esta diferenciación entre los preceptos penales, reconociendo plenamente que la existencia de sanciones penales representan per se una forma de persecución.

pocos elementos de juicio y la facilidad con la que los entrevistadores y responsables de las audiencias pueden caer en estereotipos y en representaciones sociales erróneas.

En la actualidad existe una amplia divergencia en la forma en la que los países europeos se enfrentan a esta cuestión. Siendo la práctica inconsistente, las fórmulas empleadas por los Estados miembros engloban desde el examen médico, la prueba de testigos, los cuestionarios y las meras presunciones en función de la familiaridad del solicitante con entornos LGTBI, el riesgo de su conducta en el país de origen o la acreditación de relaciones sentimentales que el solicitante haya mantenido tanto en el país de origen como en el país receptor.

La realización de una prueba médica para la acreditación de la orientación sexual o de la identidad de género se realiza en diferentes Estados europeos como Austria, Bulgaria, República Checa, Alemania, Hungría, Polonia, Rumania y Eslovaquia⁹⁸⁶. En cualquier caso, la prueba médica debe ser respetuosa con los derechos fundamentales del solicitante y requerir su consentimiento previo, libre y voluntario.

En este sentido, resulta necesario traer a colación el comentado principio 18 de los Principios de Yogyakarta que dispone que: “ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”⁹⁸⁷.

Conviene recordar que de acuerdo con la nueva Directiva de Procedimiento, tras su reciente revisión en junio de 2013, se requiere el absoluto respeto a la dignidad del individuo y a sus derechos fundamentales, tales como el de

⁹⁸⁶ JANSEN,S et SPIJKERBOER, T. *Op.Cit.* p.49.

⁹⁸⁷ PANEL INTERNACIONAL DE EXPERTOS EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANO Y EN ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.*2007. http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

derecho a la integridad física y psicológica o el derecho a la intimidad.⁹⁸⁸ Además, cualquier intervención médica, incluso aquella de menor importancia, es considerada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una violación del derecho a la intimidad establecido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹⁸⁹.

Destaca la práctica del controvertido uso del pseudo-científico test falométrico para verificar la credibilidad del solicitante respecto a su orientación sexual⁹⁹⁰. Como declaró la propia Comisión Europea, la República Checa aplicó tests falométricos de verificación intrusivos y contrarios a la dignidad de la persona en el examen de la solicitud de asilo y refugio por motivos de orientación sexual.⁹⁹¹ Por su parte, la Comisaria de Interior MASLTRÖM ha denunciado que las pruebas falométricas son “difíciles de conciliar con los estándares actuales de derechos humanos”⁹⁹². La prueba falométrica supone una clara vulneración de los arts. 4 y 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que establecen, respectivamente, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradante y el derecho a la vida privada y familiar⁹⁹³. La presión ejercida por la Comisión Europea hizo que la República Checa cesara en el ejercicio de este tipo de pruebas.

La cuestión de la credibilidad también es clave respecto a las personas transexuales e intersexuales. La duda respecto a la identidad de género del solicitante no recae directamente en la esfera íntima de su orientación sexual,

⁹⁸⁸ CONSEJO DE EUROPA. Directiva 2013/32/EU. *Op.cit.* Artículos 18 y 25, apartado 5.

⁹⁸⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Recurso nº 8278/78 de X contra Austria, D&R 18 (1980)

⁹⁹⁰ . La falometría es utilizada en algunas ocasiones para diagnosticar conductas sexuales de aquellos acusados por abusos sexuales. Consiste en la constatación de la reacción de los órganos genitales ante la visión de material pornográfico tanto heterosexual, gay, lésbico, adolescente o infantil .De acuerdo con la terminología clínica, los test falométricos realizados en hombres se denominan *penile plethysmography* (PPG) y la realizada en mujeres *vaginal photoplethysmography* (VPG). JANSSEN, S et SPIJKERBOER, T. *Op.cit.*p. 52.

⁹⁹¹ VIVIANE, R. VICE-PRESIDENTA DE LA COMISIÓN EUROPEA Y COMISARIA DE JUSTICIA.

The Commission's action are making LGBT rights a reality. 1st International Day Against Homophobia and Transphobia (IDAHO) Forum/ The Hague. SPEECH/13/424. 17/05/2013.

⁹⁹² MALTRÖM, C. COMISARIA DE INTERIOR. *Respuesta a la pregunta escrita por el Intergrupo Parlamentario LGBTI del Parlamento Europeo.* Marzo. 2011. <http://www.lgbt-ep.eu/parliamentary-work/response-to-the-parliamentary-question-on-phallometric-testing/> En palabras de la Comisaria de Interior “La gente viene a buscar protección en la Unión Europea por muchas razones, la persecución por orientación sexual es una de ellas. La práctica de los test falométricos es una fuerte interferencia en la vida privada y de la dignidad humana. Un tipo de tratamiento degradante que no debe ser aceptado”.

⁹⁹³ *Ibidem.*

sino en la acreditación de la imagen proyectada a la sociedad respecto a la identidad del solicitante y de la prueba de sí, a consecuencia de su identidad, la persona transexual o intersexual ha sido o tiene temores fundados perseguida.

Por regla general, para la acreditación de la verisimilitud del relato en los supuestos de identidad de género los Estados miembros exigen la práctica de pruebas médicas que la certifiquen. En Finlandia, para la acreditación de la identidad de género de una persona intersexual se le practicaron una prueba pediátrica y otra endocrinológica. En Austria, las autoridades competentes de asilo resolvieron, respecto a una mujer transexual procedente de Georgia, que: “siendo Mr.X. una persona transexual, los mínimos médicos y terapéuticos del tratamiento no están garantizados en el país de origen y carecerá de todo tipo de garantía legal. El diagnóstico acredita la transexualidad igual que un claro miedo mezclado en un comportamiento depresivo”⁹⁹⁴.

En el Reino Unido, por otra parte, un solicitante procedente de Pakistán, que en un principio solicitó asilo como mujer lesbiana y luego modificó la causa de persecución por ser hombre transexual, le fue denegada la protección internacional en primera instancia por falta de verisimilitud en el relato. En febrero de 2011, tras recurrir, se le concedió el reconocimiento del estatuto de refugiado al aceptar que los hombres transexuales procedentes de Pakistán constituían un grupo de riesgo.⁹⁹⁵

⁹⁹⁴ UBAS. Federal Asylum Review Board, 10 Mayo 2004, 240, 479/0-VIII/22/03. Citado en JANSEN, S et SPIJKERBOER, T. Op.cit. p.51

⁹⁹⁵ ADMINISTRATIVE COURT. UNITED KINGDOM. AB (Pakistan) (unreported, 2009). JANSEN, S et SPIJKERBOER, T. 2011. p.51

5.3. Las divergencias existentes en las condiciones de acogida prestadas a los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

Por último, como destaca el previamente mencionado informe del Comisario Europeo de los Derechos Humanos, *Combatiendo la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, otra de las cuestiones carente de uniformidad entre los Estados miembros es la acogida que se le presta a los solicitantes LGBTI⁹⁹⁶. Los Estados miembros deberían propiciar un sistema de recepción más armonizado y más acorde con la situación de vulnerabilidad que algunas personas LGBTI sufren en los centros de recepción, de estancia y de detención. Como se ha destacado en el presente capítulo, la Directiva de Acogida, en su versión enmendada de 2013, regula un procedimiento de acogida especial para aquellas personas en situación de vulnerabilidad entre las que incluye a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.⁹⁹⁷

La violencia y el abuso contra los solicitantes de asilo LGBTI es una cuestión habitual en la mayoría de los países europeos. Muy a menudo los solicitantes que se encuentran en los centros de recepción o detención son víctimas de exclusión social, de violencia física y verbal, e incluso de abuso sexual, principalmente por otros solicitantes de asilo de su mismo país de origen.⁹⁹⁸ Como denuncia el informe publicado por la Universidad de Ámsterdam, *Fleeing from Homophobia* (huyendo de la homofobia), en algunos países, como Grecia, Malta o Hungría, es habitual la detención de solicitantes de asilo por largos períodos de tiempo⁹⁹⁹. En Malta, en particular, la situación de los solicitantes LGBTI es particularmente gravosa dado el hecho de que el solicitante sólo será puesto en libertad una vez transcurridos los doce meses¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA. *Combating discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*. Junio de 2011. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_EN.pdf

⁹⁹⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/EU. *Op.cit* Artículo 21.

⁹⁹⁸ CONSEJO DE EUROPA. *Combating discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*. Junio 2011. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_EN.pdf

⁹⁹⁹ JANSEN, S et SPIJKERBOER, T. *Op.cit*. p. 78.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*

Muchos de los internados y acogidos LGBTI tienen miedo a expresar su orientación sexual o identidad de género por miedo frente a los otros acogidos y por ello no solicitan protección internacional bajo estos motivos¹⁰⁰¹. En este sentido, resulta básico para garantizar la protección y ejercicio de los derechos fundamentales de los solicitantes LGBTI que se establezcan una serie de medidas de protección, sensibilización, formación y de asistencia psicológica en los centros de acogida, estancia o detención.¹⁰⁰²

6. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Análisis de la sentencia de 7 de noviembre de 2013 en materia protección internacional por motivo de la orientación sexual.

El Consejo de Estado de los Países Bajos, órgano supremo jurisdiccional neerlandés, solicitó en 2012 al TJUE que arrojara luz respecto a la interpretación de los arts. 9 y 10 de la Directiva de Reconocimiento 2004/83/CE. En particular, la cuestión prejudicial instó al Tribunal de Luxemburgo que abordara dos cuestiones fundamentales respecto a la protección internacional por motivo de la orientación sexual del solicitante. En primer lugar, le pidió que se pronunciara respecto al denominado *requisito de discreción*, exigido por algunas autoridades de asilo que no otorgan protección internacional en aquellos casos en los que el solicitante pueda ocultar su orientación sexual en su país de origen. En segundo lugar, le solicitó que señalara si la criminalización de los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo puede constituir un acto de persecución, o si, en segundo término, además se necesita que la legislación sea efectivamente aplicada; requisito de efectiva aplicación de la norma, o si, por último, se requiere que sea aplicada la norma punitiva con respecto al solicitante; requisito doble de aplicación efectiva de la norma penal y de individualización de la condena.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, sobre los Asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12, supone un gran avance en el reconocimiento de la

¹⁰⁰¹ *Ibidem*

¹⁰⁰² En un epígrafe posterior establecemos una serie de recomendaciones para las condiciones de acogida respecto a los solicitantes LGTBI de protección internacional.

orientación sexual como causa para la concesión de la protección internacional, estableciendo los criterios a seguir en la aplicación e interpretación de la normativa comunitaria en la materia y favoreciendo la armonización entre las prácticas divergentes entre los Estados miembros.

En primer lugar, respecto al *criterio de discreción*, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo se manifiesta en términos taxativos: “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.”¹⁰⁰³ De este modo, el TJUE pone fin a la controversia doctrinal y normativa respecto a la práctica de las Administraciones de algunos Estados miembros de requerir al solicitante, de forma expresa o tácita, que oculte su orientación sexual en su país de origen para evitar la persecución.

Para ello, el Tribunal presenta la *contradictio in terminis* que implica el criterio de discreción frente a la consideración de la orientación sexual como elemento fundamental de la persona que define a los miembros de un *grupo social determinado*. Estima así la sentencia que: “es preciso declarar que el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella”¹⁰⁰⁴.

El art. 10.1.d) de la Directiva de Reconocimiento define a los miembros de un *grupo social determinado* como las personas que comparten una característica común que es tan fundamental a su identidad que una persona *no puede ser forzada a renunciarla*; estableciendo la orientación sexual y la identidad de género como causas determinantes para la constitución de un grupo social. En este sentido, el *requisito de la discreción* es contrario con el citado precepto ya que exige que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero oculten una característica tan fundamental que no pueden o no se

¹⁰⁰³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z / Minister voor Immigratie en Asiel. 7 de noviembre de 2013. p.3

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*.p.1

les puede requerir cambiarla. De acuerdo con ILGA Europa “la persecución no deja de ser persecución porque el perseguido pueda eliminar o disminuir el daño evitando la acción”¹⁰⁰⁵. Además, se puede estimar este requisito como claramente discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución; ya que no se exigiría a una persona que huye por motivos políticos o por motivos religiosos que escondiera su ideología política o religiosa en su país de origen para evitar sufrir persecución.

El elemento esencial del conflicto reside en la consideración de la orientación sexual de una persona y de la identidad de género como elementos fundamentales de la personalidad que afectan a la globalidad de la vida diaria de las personas LGBTI.¹⁰⁰⁶ Una persona obligada a ocultar su orientación sexual o su identidad de género está obligada a renunciar a una parte fundamental de su intimidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su dignidad como persona; todos ellos derechos fundamentales recogidos por los instrumentos jurídicos internacionales y europeos de derechos humanos. Exigir a una persona que oculte su orientación sexual o su identidad de género supone una clara violación de los derechos humanos de esa persona y es contrario al espíritu mismo de la protección del derecho asilo. En este sentido, el ACNUR ha señalado que “ser obligado a ocultar la orientación sexual o la identidad de género, donde es instigada o condenada por el Estado, puede suponer persecución”¹⁰⁰⁷.

La interpretación de la Directiva realizada por el Tribunal es firme; “la norma no autoriza a llegar a la conclusión de que el concepto de orientación sexual, al que se refiere la letra d) de esa misma disposición, deba circunscribirse únicamente a los actos relacionados con el ámbito de la vida privada de la persona de que se trate, y no igualmente con los actos de su vida en público.

¹⁰⁰⁵ ILGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02/05/2012. p. 2.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁷. ILGA-EUROPE: ACNUR. *Nota Guía sobre las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Op.Cit. p.2.

[...] No es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen”.¹⁰⁰⁸

En segundo término, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resultado sobre una de las cuestiones de mayor divergencia entre los Estados miembros sobre la materia: el posible efecto constitutivo de persecución de la tipificación como delito de los actos homosexuales en el país de origen. Tres son las diferentes posturas adoptadas entre las Administraciones y Tribunales de los Estados miembros sobre esta materia.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la norma comunitaria siguiendo la postura intermedia por la que se exige que la regulación punitiva de los actos sexuales entre personas del mismo sexo sea aplicada de forma efectiva. Así, en primer lugar, el Tribunal estima 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, apartado 1, de la Directiva.”¹⁰⁰⁹ De este modo, el TJUE rechaza el argumento establecido por el Tribunal de Casación italiano, y por la doctrina mayoritaria¹⁰¹⁰, que defiende que la mera tipificación de la homosexualidad como delito sí que debe constituir acto de persecución en cuanto posibilita un ambiente homófobo persecutorio a nivel institucional y social e imposibilita solicitar protección a las autoridades nacionales ante la persecución sufrida por tales motivos.

El TJUE matiza, sin embargo, que: “la pena privativa de libertad que lleva aparejada una disposición legislativa que tipifica como delito los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución en el sentido

¹⁰⁰⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema del Reino Unido que rechazó el requisito de discreción señalando que la cuestión no debe residir en el hecho de si el solicitante puede vivir discretamente en su país de origen sino en si el acto de persecución tendría lugar si el solicitante viviera su orientación sexual o su identidad de género de forma libre. UNITED KINGDOM. SUPREME COURT. Cases HJ-Iran and HT-Cameroon. 2010.

¹⁰⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z / Minister voor Immigratie en Asiel. 7 de noviembre de 2013.p.2

¹⁰¹⁰ LGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02 de Mayo de 2012.

del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, siempre que sea efectivamente aplicada en el país de origen que haya promulgado una legislación de este tipo.”¹⁰¹¹ Por tanto, requiere el Tribunal que se aplique la legislación de forma efectiva en el país de origen, evitando así la utilización como causa de persecución los reductos normativos históricos que en la práctica no se aplican, pero sin exigir que dicha aplicación efectiva recaiga sobre el solicitante en cuestión.

En este sentido, el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, obliga a todos Estados miembros que entiendan como elemento constitutivo de persecución, de acuerdo con el art.9.2. de la Directiva de Reconocimiento, la aplicación efectiva de la norma sancionadora sin individualizarla sobre las circunstancias específicas del solicitante LGBTI; considerando que ésta aplicación *per se* ya constituye persecución o fundado temor grave a sufrirla.

¹⁰¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z / Minister voor Immigratie en Asiel. 7 de noviembre de 2013.p.2

CAPÍTULO VII. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE EUROPA

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el principio de no discriminación

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 es considerado como el instrumento jurídico más relevante para la protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En su art. 1 establece que “los Estados parte reconocerán los derechos y libertades en él regulados a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción”¹⁰¹².

Por su parte, el art. 14 establece el principio de no discriminación bajo los siguientes términos: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”¹⁰¹³. Aunque el Convenio Europeo no mencione expresamente la orientación sexual ni la identidad de género, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido la inclusión de estas causas dentro de la cláusula de no discriminación del citado artículo, tal como se analiza en el último epígrafe de este capítulo.

El Consejo de Europa ha adoptado un significativo número de instrumentos jurídicos y de declaraciones sobre la lucha contra la homofobia, bifobia y transfobia en Europa. Basándose en uno de los objetivos que originó su nacimiento, la promoción de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de la democracia plural, los mecanismos e instrumentos del Consejo de Europa persiguen la promoción y la garantía del respeto a los derechos humanos de

¹⁰¹² CONSEJO DE EUROPEA. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950. Art.1 “Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

¹⁰¹³ *Ibidem*. Art.14

cada individuo entre los que incluye los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales.

Para el estudio de la labor realizada en el Consejo de Europa en materia de protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género se presenta el análisis, en primer lugar, de las resoluciones, recomendaciones e informes adoptados por el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y el Comisario para los Derechos Humanos respectivamente. En segundo lugar, se destaca el papel del Comité Europeo de Derechos Sociales y la protección de los derechos sociales de los refugiados y solicitantes de asilo LGBTI. Por último, se presenta un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de no discriminación y del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

2. El trabajo de las Instituciones del Consejo de Europa en la promoción y protección internacional de las personas LGBTI

2.1. La labor del Comité de Ministros en la promoción de los derechos humanos de las personas LGBTI. Especial atención a la Recomendación (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha declarado reiteradamente su compromiso en la defensa de los principios de igualdad de derechos y de dignidad de todos los seres humanos, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales. En este sentido, el Comité de Ministros ha subrayado que “el mensaje de tolerancia y de no discriminación del Consejo de Europa es aplicable en todas las sociedades europeas y que la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género no es compatible con este mensaje”¹⁰¹⁴. Además, en la

¹⁰¹⁴ COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. *Message from the Committee of Ministers to Steering committees and other committees involved in intergovernmental cooperation at the Council of Europe on equal rights and dignity of lesbian, gay, bisexual and transgender persons*. 2 de Julio de 2008.

Recomendación No. (97) 20 sobre el llamado *discurso del odio*, el Comité de Ministros ha subrayado la responsabilidad especial que las autoridades, tanto a nivel nacional, regional como local, así como sus funcionarios, tienen respecto a la expresión de cualquier discurso, especialmente en los medios de comunicación, “que pueda motivar, incitar, difundir, promocionar o justificar el odio racial, étnico, xenófobo, antisemita u otras formas de odio basado en la intolerancia”¹⁰¹⁵, y recomienda, a tales efectos, una serie de medidas a adoptar por los Estados miembros.

En 2010 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación (2010) 5 a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. El principal objetivo de esta Recomendación no es regular nuevos derechos sino garantizar que todas las personas disfrutaran en igualdad de los mismos derechos. A tal efecto, la Recomendación consagra la universalización del principio de no discriminación frente al relativismo cultural estableciendo que “ni los valores culturales, tradicionales o religiosos ni las reglas de la cultura dominante pueden ser invocadas para justificar el discurso del odio o cualquier otra forma de discriminación, incluyendo los motivos de orientación sexual e identidad de género”¹⁰¹⁶. Esta Recomendación se caracteriza por los siguientes elementos

- En primer lugar, de acuerdo con el propio preámbulo, se trata del primer instrumento internacional que regula específicamente las cuestiones LGBT¹⁰¹⁷.
- En segundo lugar, esta Recomendación utiliza el enfoque de los derechos humanos para recomendar una serie de medidas de debida aplicación por los Estados miembros para combatir de forma efectiva la homofobia, la bifobia y la transfobia.

¹⁰¹⁵ COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. *Recommendation No.R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”*. 30 de Octubre de 1997.

¹⁰¹⁶ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Recomendación CM/Rec(2010)5 a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. 31 de marzo de 2010.

¹⁰¹⁷ CONSEJO DE EUROPA. *Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity*. Junio 2011.p.5

- En tercer lugar, cubre de forma comprehensiva las mayoría de los desafíos socio-jurídicos a los que las personas LGBTI se enfrentan, recogiendo la normativa aplicable a nivel internacional y europeo sobre el derecho a la vida, a la seguridad personal y a la protección frente a la violencia, la libertad de asociación, la libertad de expresión y de reunión pacífica, el derecho al respeto por la vida privada y familiar, y los derechos sociales como el empleo, la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda y el deporte.

En ella el Comité de Ministros recomienda a los Estados miembros que realicen tres acciones: revisar sus legislaciones para detectar y modificar algún tipo de discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual e identidad de género, adoptar y aplicar de forma efectiva medidas dirigidas a la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y, por último, garantizar sistemas de tutela judicial efectiva y de reparación adecuada a las víctimas por homofobia, bifobia y transfobia.

Respecto al derecho a solicitar asilo, en el apartado décimo del Anexo de la Recomendación, afirma que “la legislación nacional de los Estados miembros debe reconocer la orientación sexual o la identidad de género como razón válida para reconocer el estatuto de refugiado”¹⁰¹⁸. Para ello, cita la Recomendación Rec(2004) 9 del Comité de Ministros en la que se define el término *grupo social determinado* y se establecen los principios por los que determina si una persona es perseguida por su pertenencia a un *determinado grupo social*.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁸ *Ibidem.* párrafo 42.

¹⁰¹⁹ COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation Rec (2009) on the concept of “membership of a particular social group”. (MPSG) in the context of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees. 30 de junio de 2004. En ella se considera que “un grupo social determinado” es un grupo de personas que tiene, o le es atribuida, una característica común diferente al riesgo a ser perseguidas y que son percibidas por como un grupo por la sociedad o identificadas como tal por el Estado o los perseguidores. La acción persecutoria hacia un grupo puede ser un factor relevante para determinar la visibilidad de un grupo en una sociedad determinada”. También dispone que “el concepto de pertenencia a un determinado grupo social debe interpretarse de una manera amplia e inclusiva a la luz del objeto y el propósito de la Convención de 1951”. Sin embargo, “la interpretación del concepto no debe extender el ámbito de la Convención para imponer a los Estados miembros obligaciones sobre las que no han prestado consentimiento” y que la “mera pertenencia a un grupo social determinado no será suficiente para justificar la concesión del estatuto de refugiado. Cada solicitud de asilo debe ser considerada individualmente con respecto al nexo entre la pertenencia a un grupo social determinado y el existente riesgo de persecución. Además, las circunstancias del país de origen deben ser tomadas en cuenta. Puede darse, sin

Además, por otra parte, el Comité subraya que para el procedimiento de examen de la solicitud de asilo se debe formar al personal responsable de tramitar las solicitudes respecto a los problemas específicos a los que se enfrentan los solicitantes de asilo LGTBI y los refugiados por motivos de orientación sexual e identidad de género.¹⁰²⁰

Particular consideración reviste para el Comité de Ministros el principio básico de no devolución. Destaca la citada Recomendación que los Estados miembros deben asegurar que los solicitantes de asilo no sean expulsados a un país en el que su vida o libertad se vean amenazadas, o en el que corran el riesgo de tortura, trato inhumano o degradante o castigo por *motivos de orientación sexual o de su identidad de género*¹⁰²¹. Por otra parte, establece que allí donde las relaciones entre personas del mismo sexo sean consideradas ilegales en una sociedad determinada, “la imposición de penas severas debe considerarse como motivo suficiente para no enviar a la persona a ese país”¹⁰²², en línea con la corriente doctrinal e institucional más avanzada de reconocimiento de los efectos de la penalización de los actos homosexuales consentidos.

Por último, conviene hacer mención que, de acuerdo a la Recomendación, los Estados miembros deben adoptar tres medidas respecto a los solicitantes de asilo y a los refugiados por motivos de orientación sexual e identidad de género:

1. Garantizar la protección a los solicitantes de asilo LGTBI de cualquier política o práctica discriminatoria.
2. Adoptar medidas adecuadas para evitar la violencia física, incluyendo el abuso sexual, la agresión verbal u otras formas de acoso contra los solicitantes de asilo y refugiados LGTBI privados de su libertad¹⁰²³.

embargo, ocasiones especiales en las que la mera pertenencia pueda ser suficiente motivo para temer la persecución”.

¹⁰²⁰ COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación CM/Rec(2010)5. Explanatory Memorandum Op.cit.. p.42*

¹⁰²¹ *Ibidem.* p. 43.

¹⁰²² *Ibidem.* p.43

¹⁰²³ *Ibidem.* De acuerdo con la protección de proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de liberta, en especial aquellas especialmente vulnerables, como las personas LGTBI. p.4.

3. Asegurar el acceso de los refugiados y solicitantes de asilo LGBTI a la asistencia e información sobre sus derechos con respecto a su orientación sexual e identidad de género, en el idioma que entiendan.¹⁰²⁴

2.2. El papel de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en materia de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género

En el año 2000, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1470 (2000)¹⁰²⁵ de necesario análisis para el objeto de nuestro estudio sobre la situación de los gays y las lesbianas y sus parejas en el ámbito del asilo y de la inmigración a los Estados miembros del Consejo de Europa.

Esta Recomendación supuso un claro avance en la lucha por los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual. De hecho, en la actualidad, a pesar de haberse adoptado hace más de una década, la Recomendación mantiene su plena vigencia al tratarse de la única adoptada sobre esta materia específica y por implicar la adopción de una serie de principios y medidas que recomienda seguir a los Estados miembros.

En primer lugar, la Recomendación 1470 (2000) constata los siguientes hechos:

- La existencia de un elevado número de casos no documentados de persecuciones a homosexuales en sus países de origen, incluidos en los Estados miembros del Consejo de Europa.
- En la mayoría de los Estados miembros, las políticas de inmigración discriminan a los gays y a las lesbianas.
- La mayoría de los Estados miembros no reconocen la orientación sexual como un motivo válido para la concesión del asilo, factor éste que ha ido evolucionando desde el reconocimiento de los motivos de

¹⁰²⁴ *Ibidem*. p.44.

¹⁰²⁵ ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation 1470 (2000) Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe. A pesar de haberse adoptado hace más de una década, la Recomendación mantiene su vigencia en la actualidad dados los principios que establece y las medidas que recomienda adoptar a los Estados miembros.

orientación sexual e identidad de género en la normativa de asilo de la Unión Europea.

- En muchos de los Estados miembros no se garantiza ningún tipo de derechos de residencia a la pareja extranjera en una relación de personas de mismo sexo con distinta nacionalidad lo que conlleva a “un sufrimiento considerable a muchas parejas homosexuales que se encuentran obligadas a vivir separadas en países distintos”¹⁰²⁶.

Además, de acuerdo con la Asamblea Parlamentaria, la práctica de no conceder el estatuto de refugiado a las personas que sufren persecución por su preferencia sexual es contraria al Artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951 como pertenecientes a un determinado grupo social. Por otra parte, destaca que la práctica de concederles el permiso de residencia por motivos humanitarios, y no el estatuto de refugiados, puede ser una solución en detrimento de sus derechos humanos y no puede considerarse como una solución satisfactoria.

En otro orden de términos, la Recomendación 1470(2000) considera que la normativa de inmigración aplicable a las parejas no debe diferenciar entre las uniones homosexuales y las heterosexuales. Es por ello que para probar la relación, que determina el consecuente ejercicio de los derechos de residencia, debe requerirse otro tipo de prueba, más allá del certificado matrimonial, en el caso de parejas homosexuales.

Por todo ello, establece una serie de recomendaciones de diversa naturaleza a los Estados miembros para garantizar el reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual y la garantía de todos los derechos fundamentales de los refugiados y solicitantes de asilo gays y lesbianas. De entre las recomendaciones que establece destacan, por imperiosa necesidad en la actual construcción del Sistema Europeo de Asilo Común, las siguientes:

1. El desarrollo de directrices para el tratamiento de las personas homosexuales que son refugiados o miembros de una relación de doble nacionalidad.
2. El inicio de un sistema europeo de colección de datos y de documentación de abusos en contra de los homosexuales. Esta

¹⁰²⁶ *Ibidem.* p.6.

recomendación es fundamental dada la opacidad manifiesta de los Estados miembros de publicar datos y estadísticas respecto al número de solicitantes y refugiados por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

3. La cooperación con el ACNUR y con los grupos y asociaciones que defienden los derechos humanos de las personas homosexuales respecto al asilo y las políticas de inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa.¹⁰²⁷

Siguiendo la presente Recomendación de la Asamblea Parlamentaria, el Comité de Ministros trasladó las recomendaciones en ella incluidas a los Estados miembros y remitió respectivos deberes tanto al Comité Ad hoc de Expertos sobre Aspectos Legales del Asilo Territorial (CAHAR) como al Comité Europeo sobre Migración (CDMG)¹⁰²⁸. El primero de los órganos incluyó en su agenda la cuestión del reconocimiento de los homosexuales como miembros pertenecientes a un determinado grupo social (con el significado) de la Convención de Ginebra de 1951 con el fin de asegurar que la persecución por la orientación sexual es reconocida como motivo para el asilo. Por su parte, el Comité Europeo sobre Migración solicitó al Comité de Expertos sobre el Estatuto Legal y los Derechos de los Inmigrantes que consideraran el derecho de las parejas homosexuales a la reunión familiar.

Una década después de la comentada Recomendación, la Asamblea Parlamentaria, en la Recomendación 1915 (2010), ha considerado que el Consejo de Europa tiene una clara obligación de promover el respeto y la no discriminación como organismo capaz de desarrollar los estándares de los derechos humanos, ofrecer experiencia y consejo sobre la materia y servir como foro para el debate sobre cuestiones relacionadas con la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

En esta Recomendación la Asamblea Parlamentaria recomienda al Comité de Ministros la necesaria horizontalidad de la cuestión de orientación sexual e identidad de género en diferentes acciones políticas, jurídicas y sociales. Además, destaca la necesidad de prestar especial atención a la

¹⁰²⁷ *Ibidem*. letra. e.

¹⁰²⁸ COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. *Reply to Recommendation 1470 (2000)- Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum ad immigration in the member states of the Council of Europe*. 7 de marzo de 2011.

homofobia y la transfobia en el ámbito escolar y la urgencia en el desarrollo de programas de prevención y de sensibilización para continuar “en el fortalecimiento de la tolerancia, el respeto y el entendimiento de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero y para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”¹⁰²⁹.

Por último, cabe mencionar la Resolución 1728 (2010) sobre la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Asamblea Parlamentaria. En ella, partiendo del principio de que la orientación sexual constituye un elemento profundo de la identidad de cualquier ser humano y reconociendo que bajo el Derecho Internacional, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, establece una serie de medidas que los Estados miembros deben adoptar para la erradicación de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género¹⁰³⁰.

Entre estas medidas, conviene destacar por el objeto de análisis del presente estudio que respecto a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, dispone que los Estados miembros deberán: “reconocer la persecución de las personas LGBT como motivo para la concesión el asilo e implementar la Nota Guía de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre Solicitudes de Asilo relacionadas con la Orientación Sexual e Identidad de Género.”¹⁰³¹

2.3. El trabajo del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en materia de promoción y protección de los derechos humanos de las personas LGBTI

El cargo de Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa fue creado por una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de mayo de 1999¹⁰³². De acuerdo con su mandato, el Comisario

¹⁰²⁹ ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation 1915 (2010)-*Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*. 29 Abril de 2010.

¹⁰³⁰ ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Resolution 1728 (2010) *Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*. p.1

¹⁰³¹ *Ibidem*. p.16

¹⁰³² El primer Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, elegido por la Asamblea Parlamentaria en septiembre de 1999, fue el español Alvaro Gil-Robles, que ejerció el cargo hasta el 31 de marzo de 2006. En el ejercicio de sus funciones el primer Comisario para los Derechos Humanos centró su trabajo en la protección de los derechos humanos

para los Derechos Humanos, además de promover los derechos humanos y apoyar la educación en derechos humanos, tiene la misión de “identificar posibles carencias en la legislación y las prácticas de los Estados miembros respecto al cumplimiento de los derechos humanos tal como está plasmado en los instrumentos del Consejo de Europa, promover la puesta en práctica efectiva de estas normas por parte de los Estados miembros y prestarles asistencia , con su consentimiento, en los esfuerzos para paliar tales carencias”¹⁰³³.

Como parte de su mandato, el Comisario lleva a cabo visitas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa para vigilar y evaluar la situación de los derechos humanos¹⁰³⁴. Aunque de acuerdo con el art. 1(2) del mandato “el Comisario no aceptará denuncias individuales”, puede sacar conclusiones acerca de violaciones de los derechos humanos en casos individuales. De hecho, parte del mandato del Comisario para los Derechos Humanos es “trabajar junto a personas u organizaciones de Derechos Humanos de los países miembros del Consejo de Europa, y reunirse con un amplio abanico de defensores de los derechos humanos durante sus visitas a países, y elaborar y hacer públicos informes sobre la situación de los defensores de los derechos humanos”¹⁰³⁵.

En el ejercicio de sus funciones, el Comisario para los Derechos Humanos publica opiniones, informes sobre visitas a países, informes temáticos, e informes anuales respecto a la situación de los derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa. El alcance de estos informes no debe generar la impresión de que el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa goza solamente de “auctoritas” o de capacidad de influencia a través de dichos estudios para sensibilizar a la sociedad civil y a las autoridades públicas a nivel nacional e internacional con objeto de adoptar

después del conflicto checheno, en la promoción de las condiciones de los centros penitenciarios, en la promoción de los derechos de las minorías y en la asistencia a los actores nacionales de promoción de los derechos humanos, como el Defensor del Pueblo, y otras instituciones nacionales y ONGs. Véase la página web del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/web/commissioner/previous-commissioners;jsessionid=20E43634C6E651D6A93ACB78F3E8DA49>

¹⁰³³ CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. Resolución 50 (99). 104ª sesión celebrada el 7 de mayo de 1999 en Budapest..

¹⁰³⁴ *Ibidem*.

¹⁰³⁵ SALADA OSUN, A. “Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Crónica de actividades”. *Anuario de Derecho Europeo*. 2005. Núm. 4. p.245

acciones normativas y buenas prácticas que mejoren la situación de las personas LGBTI. En efecto, el Comisario, precisamente por su autoridad y visibilidad, se erige en una institución idónea asimismo para intervenir como *amicus curiae* en procedimientos ante el Comité Europeo de Derechos Sociales o ante el TEDH (instancias garantistas que pasamos a estudiar a continuación) en una deseable acción de sinergia.

El informe de 2011 sobre Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género presenta un estudio socio-jurídico sobre el tratamiento de la orientación sexual e identidad de género en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa¹⁰³⁶. La publicación tiene como objeto principal servir como referencia para los gobiernos, instituciones internacionales, ONGs, medios de comunicación y todos aquellos que están, o deberían estar, implicados o interesados en proteger y promover los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero.

Otro de los informes esenciales para conocer el posicionamiento político del Consejo de Europa respecto a los solicitantes de protección internacional LGTBI es el informe de 2009 del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos e Identidad de Género¹⁰³⁷. El informe tiene como principal objeto de análisis la situación de los derechos humanos de las personas transgénero. En él se denuncia el alto grado de discriminación, intolerancia, violencia directa y vulneración de derechos humanos básicos que sufren las personas transgénero en Europa incluyendo el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud.

Del estudio del informe destacan los siguientes elementos que lo caracterizan como uno de los informes clave para la promoción y protección de los derechos de las personas transgénero:

- En primer lugar, se trata del primer documento publicado a nivel europeo que aborda la cuestión transgénero de forma global, individualizada e independiente de la cuestión de la orientación sexual, identificando el ámbito jurídico subjetivo específico de las personas

¹⁰³⁶ CONSEJO DE EUROPA. HAMMEMBERG, T. Informe sobre Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europea. Septiembre de 2011. Disponible en: https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf

¹⁰³⁷ CONSEJO DE EUROPA. HAMMEMBERG, T. Informe sobre Derechos Humanos e Identidad de Género. 29 de julio de 2009. Párrafo 3.6.

transgénero susceptibles de una protección jurídica emancipada de aquella que requieren las personas lesbianas, gays y bisexuales.

- En segundo lugar, de forma pionera, utiliza como terminología el concepto de transgénero y no el de transexual. El término transgénero incluye a personas transexuales pre-operadas y post-operadas, pero también a personas que deciden no operarse o que no tienen acceso a las operaciones. De este modo, como destaca el informe, “la comunidad también incluye a cross-dressers, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de hombre o mujer. Muchos marcos legales parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad.”¹⁰³⁸

- Por último, en él se realiza un exhaustivo análisis de la normativa respecto a los derechos humanos de las personas transgénero tanto a nivel de Derecho Internacional Público como a nivel de Derecho de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

De interés para nuestro objeto de estudio resulta el apartado que dedica a la situación de las personas refugiadas transgénero en Europa en donde presenta una serie de medidas a adoptar por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa. Así, partiendo del reconocimiento que de la identidad de género hace el ACNUR como motivo para conceder la protección internacional de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, señala que “supondría un gran paso adelante que los Estados miembros citasen explícitamente la identidad de género como un posible motivo de persecución que requiere protección internacional”.¹⁰³⁹

De acuerdo con este informe, no todos los Estados miembros recogen dentro de la misma causa la identidad de género como motivo que origina persecuciones objeto de protección internacional. La mayoría de Estados que otorgan la protección internacional a las personas transgénero lo hacen como pertenecientes a un determinado grupo social. Sin embargo, como denuncia el Comisario de Derechos Humanos, “en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no se define a las personas transgénero explícitamente

¹⁰³⁸ *Ibidem*.p.2

¹⁰³⁹ *Ibidem*.p.62

como un “grupo social” particular, mientras que en otros países, como Francia y Austria, sí se hace.”¹⁰⁴⁰

Por último, el informe del Comisario señala una serie de medidas que los Estados miembros deberían aplicar en el procedimiento de asilo de las personas que son perseguidas a causa de su identidad de género:

- En primer lugar, respecto a las entrevistas que se practican al solicitante transgénero requiere la publicación de unas instrucciones prácticas que garanticen que las autoridades competentes en materia de asilo responsables de las entrevistas las lleven a cabo de una forma “respetuosa con lo transgénero”.

- En segundo lugar, respecto a las condiciones de acogida, denuncia el citado informe que en ocasiones los solicitantes transgénero “se enfrentan a problemas en los centros de detención e internamiento con otros solicitantes de asilo (con frecuencia de su propio país de origen) y existe un grave riesgo de retraumatización para los/as solicitantes de asilo transgénero” ¹⁰⁴¹. Además, subraya la existencia de un elevado riesgo de violencia sexual, de acoso y de otros malos tratos. Por todo ello estima necesario crear un entorno adecuado en estos centros para evitar el acoso a las personas transgénero.

- En último lugar, denuncia la falta de acceso que sufren las personas transgénero respecto a la atención sanitaria. Esta cuestión es esencial para los solicitantes transgénero que requieren la continuidad del tratamiento, en ocasiones iniciado en sus países de orígenes. Para ello, es necesario que los Estados miembros garanticen a los solicitantes y a aquellos que se les ha concedido la protección internacional el acceso a la atención sanitaria y evitar, de este modo, la interrupción del tratamiento hormonal continuado que necesitan algunas personas transgénero.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*. p.63. Además, por otra parte, la concesión de la protección internacional a las personas transgénero también puede otorgarse como causa de persecución por motivos de género, como en el caso de Suecia, donde la protección internacional a las personas transgénero viene regulada por este motivo.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*.p.64

3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El TEDH es el órgano jurisdiccional que cuenta con una más nutrida jurisprudencia en materia de orientación sexual e identidad de género. El análisis de la misma nos recuerda cómo en tan pocas décadas hemos avanzado en la lucha de los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas LGTBI. Fue el TEDH el primer órgano internacional en señalar que la normativa sancionadora contra la orientación sexual supone en sí misma una violación de los derechos humanos.¹⁰⁴²

En este mismo sentido, hace escasas tres décadas, en 1981, el TEDH declaró por primera vez que las disposiciones penales no pueden ser discriminatorias por motivos de orientación sexual. Declaró vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto a la vida privada, en la sentencia *Dudgeon contra Reino Unido* de 1981 por el que Irlanda del Norte consideraba las conductas homosexuales entre hombres como ofensas criminales a través de las denominadas leyes de sodomía. El Tribunal entendió, además, desproporcionada la norma para la consecución del fin que la justificaba que era la protección de “los derechos y libertades de los otros” y “de la moral”¹⁰⁴³.

En *Norris contra Irlanda* (No 10581/83) el TEDH señaló que no se podía sostener que en Irlanda existiera una “necesidad social” que requería que los actos homosexuales fueran penalizados como ofensas criminales ilegalizando de este modo la penalización de los actos mantenidos entre adultos del mismo sexo.¹⁰⁴⁴

El TEDH también entendió que el art. 8, en relación con el art. 14 del Convenio, prohibía la criminalización de las relaciones homosexuales entre un adulto y un adolescente si el requisito de la edad para la prestación del

¹⁰⁴² SCHUSTER, A. coord. *The Legal Handbook for LGBT Rights in Europe..* Equal Jus. Project. Disponible en: www.ilga-europe.org p.17

¹⁰⁴³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *Dudgeon contra Reino Unido* (no 7525/76) 1981.

¹⁰⁴⁴ En este sentido también se pronunció el TEDH en la sentencia *Modinos contra Chipre* (no.1570/89) y en la sentencia *A.D.T. contra el Reino Unido* (no.35765/97)

consentimiento era distinto en comparación con aquel establecido para las relaciones de hombres adultos con jóvenes mujeres adolescentes.¹⁰⁴⁵ En este sentido, respecto a la recopilación de datos tomados por la policía en el curso de la tramitación de las causas penales por motivo de la orientación sexual, está aún pendiente de pronunciamiento por parte del TEDH en la sentencia *F.J. contra Austria* (no.2362/08).

Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier distinción entre parejas casadas y uniones del mismo sexo es considerada discriminación por motivo de orientación sexual. La mayoría de las sentencias del TEDH respecto a las parejas del mismo sexo se relacionan con la violación tanto del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho a la vida privada y familiar, así como con el artículo 12, que establece el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, de forma individualizada o en relación con el artículo 14, que introduce la cláusula general de no discriminación antes señalada¹⁰⁴⁶.

Además, la prohibición de no discriminar a las personas por su orientación sexual o identidad de género también ha sido objeto de múltiples sentencias por parte del TEDH en materia de derechos sociales como el derecho al trabajo y a unas condiciones laborales dignas, en las sentencias *Smith y Grady contra el Reino Unido* (nº33985/96 y nº33986/96) y *Bek, Copp y Bazeley contra el Reino Unido* (nº 48535/99 y ss), como también al derecho a la extensión de las prestaciones sociales de la pareja en la sentencia *P.B y J.S contra Austria* (nº 18984/02). Además también se ha pronunciado respecto a los derechos fundamentales de asociación y de reunión frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las sentencias *Baczowski contra Polonia* (nº 1543/06) y *Alekseyev contra Rusia* (nº 4916/07).

En relación con el objeto del presente estudio, el Tribunal de Estrasburgo aún no ha emitido fallo alguno respecto a la protección internacional de las personas por motivos de orientación sexual e identidad de

¹⁰⁴⁵TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias *L and V. contra Austria* (nº 39392/98 y 39829/98), *S.L contra Austria* (nº.45330/99) y *B.B. contra Reino Unido* (nº 53760/00).

¹⁰⁴⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias *Karner contra Austria* nº 40016/98, *Schalkp and Kopf contra Austria* nº 30141/04, *Charpentier contra Francia* nº 40183/07, *Kozak contra Polonia* nº 13102/02

género. En dos ocasiones el TEDH declaró la inadmisibilidad de dos recursos presentados frente a la denegación de dos solicitudes de asilo por motivo de orientación sexual de dos hombres homosexuales procedentes de Irán (*I.N.N contra los Países Bajos* y *F. contra el Reino Unido*). Además, en otra ocasión admitió el recurso respecto a la denegación del estatuto de refugiada a una mujer lesbiana procedente de Zimbabwe (*D.B.N. contra el Reino Unido*) pero la causa fue sobreseída siguiendo la aceptación del recurso por el Reino Unido. En la actualidad solo un caso está pendiente de sentencia (*K.N. contra Francia*) también sobre la inadmisión de solicitud de asilo de un hombre homosexual, en este caso procedente de Irán.

En el asunto *I.I.N contra los Países Bajos*¹⁰⁴⁷, el TEDH rechazó el recurso presentado por un hombre homosexual procedente de Irán. El recurso alegaba vulneración del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos por el que se establece la prohibición de la tortura¹⁰⁴⁸. Mientras el solicitante declaró haber sido arrestado después de haber sido visto besándose con otro hombre en un callejón, el Tribunal de Estrasburgo declaró no encontrar indicios suficientes que le posibilitaran vincular este hecho con el procedimiento criminal interpuesto contra el demandante. En este sentido, el Tribunal entendió que la información aportada “no incluía una situación de persecución activa por las autoridades hacia dos adultos que mantuvieran relaciones homosexuales privadas y consensuadas”¹⁰⁴⁹.

Por otra parte, en el asunto *F. contra Reino Unido*,¹⁰⁵⁰ el TEDH rechazó la admisión de un recurso contra la denegación de asilo fundamentado en la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho a la vida privada y familiar¹⁰⁵¹. A pesar de que, como hemos

¹⁰⁴⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *I.N.N contra los Países Bajos*. Recurso nº2035/04. 20 de diciembre de 2004.

¹⁰⁴⁸ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 3. Prohibición de la tortura: “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia *F.contra el Reino Unido*. Recurso nº 17341/03. 22 de Junio 2004.

¹⁰⁵¹ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Art. 8 “: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la

destacado previamente, el mismo Tribunal había reconocido previamente en otras sentencias, (*Dudgeon contra Reino Unido, Norris contra Irlanda o Modinos contra Chipre*)¹⁰⁵², que las disposiciones penales de Reino Unido, Irlanda y Chipre que criminalizaban la homosexualidad vulneraban el derecho a la vida privada y familiar, en este caso entendió que *la devolución* de una persona LGB a un país donde se criminaliza actos homosexuales no suponía, en sí misma, una vulneración del derecho a la vida privada y familiar.¹⁰⁵³

Aunque reconoció en esta resolución que “puede ser considerado que la situación general en Irán no promueve la protección de los derechos humanos y que los homosexuales pueden ser vulnerables al abuso” rechazó, sin embargo, la protección extraterritorial del derecho a la vida privada y familiar, entendiendo que desde una perspectiva puramente pragmática, “no se puede requerir a un Estado miembro que solo devuelva un sujeto a un país en donde se dé una aplicación efectiva de todos los derechos y libertades establecidas en la Carta”¹⁰⁵⁴.

Por último, respecto al caso de *D.B.N. contra el Reino Unido*¹⁰⁵⁵, concerniente a una mujer lesbiana procedente de Zimbabue, la demandante denunció vulneraciones de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La demandante arguyó que en el contexto de una constante propaganda oficial, violenta y sistemática de naturaleza homofóbica no era posible disfrutar del derecho a la vida privada siendo forzada a vivir con temor y escondida a causa de su identidad sexual. En este caso, el Tribunal, que sí había admitido el recurso, sobreseyó la causa por la aceptación por parte del Reino Unido.

Conviene completar el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo esgrimiendo el potencial papel (todavía no explotado) que, al margen de las disposiciones mencionadas (artículos 3, 8 y 14 del Convenio Europeo), puede y está llamado a jugar el Protocolo nº 12 adicional al Convenio, que desarrollo el

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁰⁵² S. JANSEN, T. SPIJKERBOER. *Op.cit* p.22

¹⁰⁵³ CONSEJO DE EUROPA. *Asylum and the European Convention of Human Rights*. Human Rights Files nº9. Council of Europe Publishing, 2010. p 102.

¹⁰⁵⁴ S. JANSEN, T. SPIJKERBOER *Op.cit.* p.22

¹⁰⁵⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *D.B.N contra el Reino Unido*. Recurso nº26550/10.

principio de no discriminación más allá de los estrechos límites de la cláusula del artículo 14. Desde esta perspectiva, la utilización por parte del Tribunal Europeo del Protocolo nº 12, superando así la actitud circunspecta que ha mantenido hasta el presente, permitiría asimismo evitar la actitud vacilante que ha mantenido al evaluar la legislación discriminatoria por motivo de orientación sexual e identidad de género en algunos países, de tal suerte que no únicamente afrontara la aplicación o potencial praxis de esa legislación, sino la mera existencia de ella como motivo discriminatorio y, por ende, susceptible de generar persecución. En suma, entendemos que el Protocolo nº 12 debería abrir nuevas perspectivas garantistas en el seno del TEDH el cual, pese a su apreciable doctrina, todavía deberá forjar nuevos progresos jurisprudenciales.

4. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y la protección de los derechos sociales de los refugiados y solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Los refugiados LGBTI y los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, a lo largo de todo el proceso de refugio son víctimas de la exclusión del ejercicio de sus derechos fundamentales¹⁰⁵⁶, entre los que se incluyen los derechos económicos, sociales y culturales. Para la obtención de una integración local adecuada es esencial que los refugiados se beneficien de los mismos derechos sociales y económicos que los ciudadanos del país receptor. El reconocimiento efectivo del derecho a la vida familiar, del derecho a la asistencia médica y social o del derecho al trabajo, entre otros derechos, son garantías necesarias para una adecuada integración local de los refugiados.¹⁰⁵⁷

Para analizar la protección de los derechos sociales que la Carta Social Europea garantiza a las solicitantes de protección internacional y a aquellos a los que ya se les ha concedido tal protección por motivos de su orientación

¹⁰⁵⁶ THATER, G. *Joint UNCHR/Council of Europe Colloquium on the Role of the Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons*, 15 & 16 June 2011. Strasbourg, France. p.107

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*.p.108.

sexual y/o su identidad de género se hace necesario centrar nuestro objeto de estudio, en primer lugar, sobre el ámbito de aplicación subjetiva de la Carta Social Europea respecto a los refugiados y solicitantes de protección internacional para proceder, en segundo lugar, al estudio del principio de no discriminación establecido en la Carta y su posible extensión a los motivos de orientación sexual e identidad de género.

Respecto a la aplicación de los derechos establecidos en la Carta a las personas refugiadas el Anexo a la Carta Social Europea (revisada) dispone en su segundo párrafo que: “cada Parte concederá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados.”¹⁰⁵⁸

El *principio de trato más favorable posible* reconocido en el Anexo reviste una relevancia clave respecto al reconocimiento de la protección internacional a las personas perseguidas por su orientación sexual e identidad de género. Dado que algunos Estados miembros reconocen en sus legislaciones tales motivos como causa para la concesión de la protección internacional, dicho principio de trato más favorable produce efectos jurídicos respecto al resto de Estados parte de la Carta Social Europea. Así, como subraya JIMENA QUESADA, este principio debe tenerse en consideración respecto a “la tendencia existente en algunos Estados europeos de extender la definición del estatuto de refugiado tanto por armonización con la protección subsidiaria como por la inclusión de otros motivos como el de género o el de la orientación sexual”¹⁰⁵⁹.

Por otra parte, aunque el párrafo primero del Anexo limite el ámbito subjetivo de aplicación a “los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la

¹⁰⁵⁸ CARTA SOCIAL EUROPEA. (Revisada). Firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Anexo

¹⁰⁵⁹ JIMENA QUESADA, L. *Joint UNCHR/Council of Europe Colloquium on the Role of the Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons*, 15 & 16 June 2011. Strasbourg, France p.116.

Parte interesada”,¹⁰⁶⁰ y el párrafo segundo, como hemos visto, remita respecto a la protección de los refugiados a las normas del Derecho internacional sobre la materia, el Comité Europeo de Derechos Sociales entiende aplicable las disposiciones de la Carta Social Europea a los refugiados y a los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio europeo¹⁰⁶¹.

En este sentido, el Comité toma en consideración aquellos supuestos de doble o triple vulnerabilidad y por lo tanto, de acuerdo con JIMENA QUESADA, “susceptibles de doble o triple discriminación como los menores refugiados o situaciones similares“(entre las se encuentran por extensión analógica los refugiados por motivos de orientación sexual e identidad de género)¹⁰⁶².

Destaca, en línea con este argumento, la decisión sobre la reclamación colectiva *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*¹⁰⁶³ en la que el Comité estimó aplicables las disposiciones de la Carta sobre los menores refugiados. Para ello el Comité utilizó los siguientes argumentos que entendemos extrapolables, al ser también un caso de vulnerabilidad múltiple, a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género:

- En primer lugar, el Comité entendió que la restricción del ámbito subjetivo incluida en el Anexo no debe entenderse de una forma que prive a los extranjeros en situación irregular de los derechos más básicos establecidos en la Carta ni debe obstaculizar la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física o a la dignidad humana.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶⁰ El párrafo 1º del Anexo de la Carta Social Europea Revisada dispone que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19. Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes”

¹⁰⁶¹ Entiende JIMENA QUESADA que la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se caracteriza por el desarrollo del principio de no discriminación en relación con los refugiados y otras personas desplazadas respecto a los derechos a la seguridad social y a la asistencia social. (Artículos 12, 13 y 14 de la Carta Social Europea). JIMENA QUESADA. *Op.cit.* p. 110.

¹⁰⁶² *Ibidem.* p. 112

¹⁰⁶³ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Defence for Children International v. Belgium, Complaint. No 69/2011.* Decision on the Merit. 23 de octubre de 2012.

¹⁰⁶⁴ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Defence for Children International v. the Netherlands, Complaint. No. 47/2008,* p.19; *International Federation of Human Rights Leagues v. France, Complaint No. 14/2003,* p.30 et 31

- Por otra parte, el Comité subrayó que la disposición debe interpretarse conforme a otras normas relevantes aplicables del Derecho Internacional Público, incluyendo las normas perentorias o de *jus cogens* que priman sobre cualquier norma internacional y que no pueden ser derogadas. En este sentido destaca, entre otras, la norma perentoria que requiere que los Estados de la comunidad internacional respeten y garanticen el derecho a la vida y a la integridad física del individuo¹⁰⁶⁵.

- Por último, el Comité estimó que el objetivo de la Carta, como un instrumento dedicado a los valores de dignidad, igualdad y solidaridad, es aportar vida y significado a los derechos sociales fundamentales de todos los seres humanos en Europa¹⁰⁶⁶. Recordemos que la Carta Social Europea es un tratado de derechos humanos que persigue la aplicación a nivel Europeo, como complemento al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los derechos garantizados a todos los seres humanos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Con apoyo en estos argumentos entiende el Comité que, con carácter extraordinario, puedan admitirse excepciones a la restricción del Anexo en aquellos supuestos en los que la exclusión de la protección establecida en la Carta a los extranjeros en situación irregular pudiera perjudicar sus derechos fundamentales y les posicionara en una situación inaceptable respecto al ejercicio de tales derechos y en comparación con la situación de los nacionales y la de los residentes de forma regular¹⁰⁶⁷.

En segundo lugar, respecto a la discriminación que puedan sufrir los solicitantes de protección internacional o aquellos a los que se les ha reconocido el estatuto de refugiado por su orientación sexual e identidad de género en la aplicación de los derechos sociales establecidos en la Carta, resulta necesario subrayar lo establecido por el artículo E de la Carta Social Europea Revisada que dispone que: “se garantizará el disfrute de los derechos

¹⁰⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969. Artículo 31, párrafos 1º y 3º, y artículo 53 sobre las normas de *jus cogens*.

¹⁰⁶⁶ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *International Federation of Human Rights League v. France*, Compliant No. 14/2003, decision on the merits of 8 Septembr 2004, p. 27 et 29).

¹⁰⁶⁷ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Defence for the Children International v. Belgium*, Complaint No.69/2011. Decision on the merits of 23 October 2012. P.35.

reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación”¹⁰⁶⁸.

Este principio de no discriminación debe entenderse incluso de los motivos de orientación sexual e identidad de género. Recordemos que el Comité estimó que la situación de los derechos sociales en Turquía no era conforme con el artículo 1.2 de la Carta al no garantizar una protección suficiente frente a la discriminación en el ámbito laboral, en particular a causa de la edad o de la orientación sexual¹⁰⁶⁹.

Además, en la decisión sobre la reclamación colectiva *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia* el Comité entendió que la inclusión de declaraciones que estigmatizan a los homosexuales basadas en estereotipos negativos, distorsionados, reprochables y degradantes en los materiales educativos en Croacia suponía una violación del artículo 11.2 a la luz de la cláusula de no discriminación del Preámbulo de la Carta¹⁰⁷⁰.

Por último, conviene resaltar el papel clave del Comité Europeo de Derechos Sociales en la promoción y protección de los derechos sociales de las personas LGTBI en el ejercicio de sus funciones. Cada año los Estados Parte deben remitir un informe señalando los mecanismos políticos y los instrumentos jurídicos desarrollados para aplicar las disposiciones de la Carta Social Europea. Es entonces cuando el Comité de Derechos Sociales examina los informes y decide si los países correspondientes cumplen o no con el mandato de la Carta. Además, las decisiones del Comité son jurídicamente vinculantes respecto a los Estados parte.

Este carácter jurídicamente vinculante de las decisiones del Comité debe ser utilizado por la sociedad en la lucha por la protección social de las personas

¹⁰⁶⁸ CARTA SOCIAL EUROPEA. (Revisada). Firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Art.E

¹⁰⁶⁹ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Conclusions 2012. Turkey*. Enero 2013. p.9.

¹⁰⁷⁰ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*. Complaint No 45/2007. Decision on the merits. 30 March 2009.p.20

lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. De acuerdo con el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea Revisada, las organizaciones con estatuto participativo ante el Consejo de Europa pueden presentar reclamaciones colectivas ante el Comité¹⁰⁷¹. En la actualidad, casi un centenar de organizaciones de la sociedad civil y agentes sociales detentan ese estatuto participativo ante el Consejo de Europa, entre las que se encuentra la ILGA, organización internacional para la promoción de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. De este modo, como subraya JIMENA QUESADA, destacando el papel fundamental de la sociedad civil en la construcción social de Europa, “las ONGs no sólo pueden intervenir en calidad de “amici curiae” ante el Comité Europeo de Derechos Sociales sino que además en el marco de las reclamaciones colectivas también pueden, y deben, presentar tales reclamaciones”¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ El artículo D de la Carta Social Europea revisada respecto a las reclamaciones colectivas Dispone que: “Las disposiciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas se aplicarán a las obligaciones contraídas en aplicación de la presente Carta para los Estados que hayan ratificado el citado Protocolo”.

¹⁰⁷² JIMENA QUESADA, L. *Social Rights: the Role of the Council of Europe (focus on the System of Collective Complaints). The Role of NGOs in Ensuring Effectiveness of Social Rights in Europe* 6th Fundamental Rights Platform meeting Vienna, 25th April 2013 p.3

TERCERA PARTE

**ESTUDIO DEL DERECHO DE ASILO
POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN
SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL**

CAPÍTULO VIII. EL DERECHO DE ASILO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La evolución histórica del derecho asilo en el ordenamiento jurídico español

El asilo es una institución de profundo arraigo en nuestro ordenamiento jurídico. La primera regulación del asilo eclesiástico en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el Concilio de Lérida celebrado en el año 546 donde se ordena expresamente a los clérigos respetar este derecho en los siguientes términos: “inmunidad de las iglesias o templos, por virtud de la cual los criminales refugiados en tales lugares no podían ser extraídos de los mismos o lo eran mediante ciertas solemnidades”¹⁰⁷³.

Este privilegio concedido a la Iglesia para la protección de los perseguidos, como expresión de la misericordia y de la piedad derivadas de la religión cristiana, fue matizándose a medida que las monarquías consolidaron su poder civil. En 1241 el Fuero Juzgo, que constituye la traducción del *Liber Iudiciorum* del año 654 promulgado en la época visigoda y donde se recoge toda la regulación de la alta y la plena Edad Media de los cánones conciliares, se establece a la Iglesia como única autoridad para ejercer el privilegio de amparo en recintos sagrados a los perseguidos por la justicia, pero limitando los casos en los que los “acogidos a sagrado” pueden ser sacados del recinto eclesiástico y sometidos a la justicia civil.¹⁰⁷⁴

El Código de las Siete Partidas, cumbre del derecho alfonsino, regula el derecho de asilo eclesiástico en la I Partida, título XI, bajo la rúbrica “De los privilegios e de las franquezas que han las iglesias e sus cementerios”, estableciendo los supuestos, los lugares beneficiarios de este privilegio, pero

¹⁰⁷³ MINISTERIO DEL INTERIOR. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN. BODELÓN ALONSO. G.(Coord.) *El Derecho de Asilo en España. Compilación Histórica*. 2004.p.15

¹⁰⁷⁴ El Fuero Juzgo establece sobre el derecho de asilo que: «la Iglesia no defiende a robador conocido, ni hombre que de noche quemare mies, o destruyere viñas o árboles, o arrancare los mojones de las heredades, ni hombre que quebrantare la iglesia o su cementerio, matando o hiriendo en ella por pensar que será defendido por la Iglesia.» Ley 8, tit. 5, lib. I.

también aquellas personas excluidas sobre las que la Iglesia no puede extender su privilegio.¹⁰⁷⁵

La formación del Estado moderno a partir del siglo XV impulsa la progresiva restricción del derecho de asilo eclesiástico. Como destaca VIVÓ UNDABARRENA, ya la Pragmática de los Reyes Católicos de 14 de mayo de 1498, dada en Toledo, aborda “la cuestión polémica de los deudores refugiados en la iglesia, y el modo de actuar en el caso”¹⁰⁷⁶. En 1603, la Nueva Recopilación de las Leyes de España de Felipe II se complementa con la Curia Filípica que, en su parte III, alude a “la doctrina vigente para los acogidos al derecho de asilo, estableciendo las reglas generales del privilegio de inmunidad en lugar sagrado”¹⁰⁷⁷. Por su parte, la Novísima Recopilación de 1805, incorpora las leyes del Fuero Real, pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones, entre ellas, la cédula de Carlos IV de 1800 que establece las reglas para la extracción de los reos refugiados.

La primera regulación del asilo territorial, entendiéndose por tal el asilo concedido por el Estado en el ejercicio de su soberanía a los extranjeros bajo determinados supuestos, tiene lugar con el Decreto XL de las Cortes Generales de 28 de septiembre de 1820, tras el pronunciamiento de Riego y la vuelta a la Constitución de 1812 durante el Trienio Liberal. En el citado Decreto, se regula el derecho de asilo, “concediendo a los extranjeros un asilo seguro en el territorio español para sus personas y propiedades”. Además, de acuerdo con BODELÓN ALONSO, en el Código Penal de 1822, art. 115, queda abolido implícitamente el derecho de asilo eclesiástico¹⁰⁷⁸.

Los constantes cambios políticos acaecidos en Europa y América durante todo el siglo XIX, con el consecuente número de extranjeros que solicitan protección a España, propicia el desarrollo de la regulación del asilo en España. Es por ello que, durante los reinados de Fernando VII e Isabel II, las Actas del Consejo de Ministros abordan numerosas referencias a la situación de los emigrados políticos, sus reclamaciones y lo dispuesto en esta

¹⁰⁷⁵ De esta forma quedan excluidos, debiendo los clérigos rechazar el amparo, delincuentes habituales, ladrones, asesinos, salteadores, traidores conocidos, adúlteros, violadores y también los que cometan delitos de lesa majestad. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op.cit.*p.15

¹⁰⁷⁶ VIVÓ UNDABARRENA, E. “Utrumque ius: la Institución del Derecho de Asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993. p.228

¹⁰⁷⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op.cit.*p.15

¹⁰⁷⁸ *Ibidem.*p.16

materia.¹⁰⁷⁹ Además, los convenios de extradición que España firma con otros países refuerza la institución del asilo al excluir el delito político como causa de extradición.¹⁰⁸⁰

El 4 de diciembre de 1855, durante el Bienio Progresista liderado por Espartero, se promulga la Ley del Estado “declarando lo conveniente sobre asilo para todos los extranjeros y sus propiedades en el territorio español”. Dos elementos caracterizan a esta ley. Primero; su brevedad, ya que consta de sólo cinco artículos. Segundo; su larga vigencia, ya que pervive hasta la Ley de Asilo de 1984. El art.1 de la ley establece que: “el territorio español es un asilo inviolable para todos los extranjeros y sus propiedades”. De este modo, queda consagrado en nuestro ordenamiento jurídico el asilo territorial en el que el sujeto de la institución jurídica es nuestro Estado, el contenido esencial queda configurado por la inviolabilidad del territorio como uno de los elementos constitutivos de la soberanía, y los extranjeros y sus propiedades son los destinatarios de la protección ejercida por el Estado en cuanto acto graciable. En el resto del articulado queda regulada la protección frente a la extradición, antecedente del actual principio de non-refoulement, las garantías y los derechos civiles de los extranjeros y sus propiedades, los supuestos de internamiento y las causas de revocación y expulsión.

Los 129 años de vigencia de la Ley de Asilo de 1855 son testigos de dos Guerras Mundiales, de la aparición de nuevos Estados, de los procesos de descolonización, de la modificación de cientos de fronteras y de la internacionalización de los derechos humanos. El siglo XX es considerado el siglo de las guerras y de los genocidios, produciendo millones de refugiados en todo el mundo. Pero también es el siglo de la lucha por la paz y por los derechos humanos, consiguiendo la comunidad internacional el compromiso de los Estados al reconocimiento de la condición de refugiado y al respeto de los derechos contenidos en su estatuto regulado en la Convención de Ginebra de 1951.

Aunque España se muestra neutral en la Primera Guerra Mundial, el número de refugiados provenientes de los países en conflicto requiere la

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*.p.33

¹⁰⁸⁰ Sirva de ejemplo el Convenio de extradición con los Países Bajos de 1860 o el de Guatemala en 1895, entre otros.

adopción de medidas para gestionar y organizar la protección internacional. De acuerdo con ALONSO MARTÍN, destaca la actividad desarrollada por la Oficina de Información de Guerra, dependiente de la Secretaría Particular del rey Alfonso III, “por su extraordinaria labor en el socorro a los ciudadanos extranjeros procedentes de naciones en guerra”.¹⁰⁸¹

Durante la Segunda Guerra Mundial y en el período de posguerra, el Depósito de Concentración y Clasificación de Personal Extranjero de Miranda de Ebro, en Burgos, registra a más de 15.000 extranjeros pertenecientes a más de setenta nacionalidades, principalmente alemanes, franceses, belgas, holandeses y, posteriormente, nacionales de países bajo el régimen comunista. Para coordinar los trabajos con los refugiados, en 1948 se crea el Patronato de Refugiados Extranjeros. Además, se constituye la Delegación de Gobierno para la ayuda española a los niños extranjeros que acoge a más de 16.000 niños, fundamentalmente de Europa Central, tanto en instituciones como en familias entre 1948 y 1953¹⁰⁸².

A partir de 1975, tras 36 años de aislamiento de la comunidad jurídica internacional, durante la dictadura franquista, España comienza a adherirse a los diferentes compromisos internacionales. En julio de 1978, meses antes de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, España firma la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Se inicia entonces, una nueva etapa para el tratamiento de nuestro ordenamiento jurídico del derecho de asilo.

¹⁰⁸¹ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op.cit.*p.61. ALONSO MARTÍN.J.J. “Fuentes documentales militares en el Archivo General de Palacio.” *Boletín de la ANABAD*.LII (2002) nº3.pp.171-190

¹⁰⁸² MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op.cit.*pp.71 y 72. Datos recogidos por un Informe del Patronato de Refugiados Extranjeros Indigentes de 1953, conservado en el Archivo General del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. La configuración constitucional del derecho de asilo

Nuestra Carta magna garantiza el derecho de asilo en el art.13.4 que dispone que: "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España". Esta redacción final del precepto constitucional fue objeto de un intenso debate y de sustanciales modificaciones, poniendo de manifiesto las existentes divergencias en la doctrina en torno a su naturaleza jurídica.

Como recuerdan COBOS GÓMEZ DE LINARES Y CUERDA RIEZU en el primer borrador constitucional, filtrado al diario El País de 25 de noviembre de 1977, se regulaba el asilo en un inicial art. 11 que disponía que: "queda garantizado, en los términos que la ley establezca, el asilo de los ciudadanos de otros países perseguidos en los mismos, por su defensa de los derechos y libertades democráticos reconocidos en la Constitución"¹⁰⁸³. A lo largo de todo el proceso constituyente, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, en el Pleno del Senado y en la Comisión Mixta de ambas Cámaras, el texto fue enmendado hasta la expresión final vigente que introduce una reserva de ley, que menciona a los *ciudadanos* de otros países y que, además, extiende el derecho de asilo a los *apátridas*.

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de asilo, el constituyente, siguiendo el tenor literal del precepto, prefiere no pronunciarse. Nuestra tradición jurídica había considerado, hasta la fecha, la institución jurídica del asilo como expresión de la soberanía del Estado, configurándola como un acto de naturaleza graciable y discrecional. Sin embargo, tras la adhesión a la Convención de Ginebra de 1951, en julio de 1978, España reconoce el derecho a la protección internacional de los refugiados, con auténtico contenido obligatorio por el *principio de non refoulement* o de no devolución de los refugiados a su país de origen donde sufren persecución. El dilema de configurar el asilo como un derecho subjetivo fundamental o como acto graciable derivado de la soberanía del Estado queda abierto en el art.13.4 CE.,

¹⁰⁸³ CUERDA RIEZU, A. Y COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. "Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. 55, 1979 p.166.

siendo el posterior desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal, en función de los compromisos internacionales y comunitarios, y la propia evolución de la realidad social, los motores que han propiciado la paulatina configuración del derecho de asilo como un derecho subjetivo fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo con SANTOLAYA MACHETTI la doctrina ha divergido en torno a tres posturas diferenciadas respecto a la configuración constitucional del derecho de asilo¹⁰⁸⁴:

1. Algunos autores como PÉREZ VERA, ABARCA y, con matices, GARCIA MACHO, que consideran el precepto constitucional vacío materialmente y dependiente de la decisión del legislativo.
2. Para otros autores, como GARCÍA MORILLO o ESCOBAR HERNÁNDEZ, el precepto implica el reconocimiento del asilo y la consecuente obligación del legislador de regularlo.
3. Por último, algunos autores, como LÓPEZ GARRIDO, defienden el asilo como un derecho constitucional fundamental.

El mismo SANTOLAYA MACHETTI, en una postura intermedia, señala que el artículo 13.4 convierte el asilo en un derecho de configuración legal, pero que, al tratarse de un derecho básicamente procedimental, está limitado por el resto de derechos fundamentales de la CE. De hecho, esta es la cuestión que más identifica la compleja naturaleza jurídica del derecho de asilo: la vinculación de su contenido jurídico con las garantías procedimentales necesarias para el efectivo ejercicio del mismo.

En este sentido, independientemente de la configuración jurídica que se entienda a tenor de lo dispuesto en el art.13.4, nunca podrá negarse su conexión implícita con las garantías procedimentales constitucionales. De este modo, a consecuencia de su profunda naturaleza procesal, el derecho de asilo adquiere también fuerza constitucional de las propias garantías del proceso reguladas en el art.24, así como de las garantías y de los límites previstos para

¹⁰⁸⁴ SANTOLAYA MACHETTI, P. *El derecho de asilo en la Constitución Española*. Lex Nova, 2001. P.52 Y 53.

la privación de la libertad, en el art. 17, y de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, establecida en el art.15 de la Constitución¹⁰⁸⁵.

Por lo demás, en relación con esa faceta procedimental, el propio art. 13 de la Constitución, en su apartado 3, introduce un contenido sustancial conexo nada desdeñable, al prever que “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

3. Los antecedentes legislativos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

3.1. La Ley 5/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado

El desarrollo legal del derecho de asilo, de acuerdo con el art.13.4 CE, tuvo lugar a través de la Ley 5/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Por esta ley se deroga la hasta entonces vigente Ley de Asilo de 1855.

El aspecto principal de esta norma es la clara distinción que se presenta entre el derecho de asilo y la condición de refugiado, probablemente fruto del intento del legislador de converger la inercia de la tradición jurídica con el cumplimiento del mandato de la Convención de Ginebra de 1951, a la que se adhirió España el 22 de julio de 1978. De este modo, la condición de refugiado es entendida como un verdadero derecho subjetivo cuyo contenido jurídico era aquel previsto por la Convención de 1951 y, en cuanto derecho fundamental, controlable por los órganos jurisdiccionales por vía de la anterior Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art.1). Por otra parte, el derecho de asilo es concebido de forma independiente como la “protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su

¹⁰⁸⁵ En este sentido, FAVOREAU considera que lo fundamental es la constitucionalización de las garantías procedimentales, incluso aunque el derecho de asilo no sea un derecho fundamental, y que son esas garantías procesales las que constituyen la mejor protección del derecho de asilo. SANTOLAYA MACHETTI, P. *Ibidem.* p. 48. FAVOREAU, L. “Le droit d’asile: aspects de droit constitutionnel comparé. Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales”. Dir. D.TURPIN. *Economica*, Paris 1989.

soberanía” (art.3) y, por tanto, como acto discrecional y no controlable judicialmente (art.21).

En términos generales, se pueden destacar como característicos los siguientes elementos de la regulación del asilo por la Ley 5/1984:

- El contenido jurídico de la condición de refugiado tenía un menor alcance en relación con el contenido jurídico del derecho al asilo. De este modo, por ejemplo, el reconocimiento de la condición de refugiado no implicaba la concesión automática del permiso de residencia de trabajo.
- La base fundamental del procedimiento era la prueba de la existencia de los fundados temores mediante una interpretación de los órganos administrativos y jurisdiccionales no exenta de dificultades procedimentales.
- Como subraya PEREZ SOLA, la discrecionalidad del Estado respecto al asilo estaba limitada por los instrumentos internacionales. Además, el principio de *non refoulement* actuaba como límite frente a la discrecionalidad: la Administración no estaba obligada a conceder el asilo pero el peticionario sí tenía derecho a solicitarlo y a obtenerlo¹⁰⁸⁶.
- La Ley 5/1984, partiendo del principio de solidaridad internacional, introdujo el asilo por razones humanitarias, germen de la actual protección subsidiaria.

Fue la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo el motor esencial para permitir el proceso de equiparación entre ambos regímenes jurídicos. Así, de acuerdo con SANTOLAYA MACHETTI, la STS 29 de noviembre de 1985, la STS 4 marzo de 1989 o la STS 10 de diciembre de 1991 transformaron en inoperante la diferenciación entre el derecho de asilo y la condición de refugiado, efectuando una considerable normalización a partir de dos premisas fundamentales¹⁰⁸⁷:

1. La consideración de que los actos relativos al asilo sí eran controlables a través de la entonces vigente Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional

¹⁰⁸⁶ PEREZ SOLA, N. “El derecho de asilo y la condición de refugiado”. *Revista Derechos y Libertades*, N°25, Época II, junio 2011, p. 275

¹⁰⁸⁷ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.* p.35.

de los Derechos Fundamentales de la Persona, en cuanto a su protección procesal¹⁰⁸⁸.

2. La tendencia a reconocer el asilo como acto de mayor discrecionalidad, requiriendo una mayor concreción de los elementos de prueba para el asilo que para el reconocimiento de la condición de refugiado.

3.2. La reforma de la Ley 9/1994, de 19 de mayo

Diez años después de la Ley de Asilo de 1984, la evolución de la realidad social internacional y nacional y los nuevos mandatos de la Unión Europea exigían una profunda reforma, tanto de las condiciones del reconocimiento como de las garantías del procedimiento. Del Preámbulo de la Ley 9/1994 de 19 de mayo, que modifica la Ley 5/1984 reguladora del asilo y de la condición de refugiado, se deducen los principales motivos que propiciaron la reforma: el temor al uso fraudulento del asilo por inmigrantes económicos, las exigencias de armonización con el ordenamiento jurídico comunitario y la necesidad de garantizar la celeridad en el examen individualizado de las solicitudes.

La modificación más relevante, desde una óptica material, fue la supresión de la dualidad entre el asilo y la condición de refugiado. El asilo deja de ser, por tanto, un mero acto graciable, consolidándose un concepto unitario de protección internacional basada en el estatuto de los refugiados de acuerdo con lo establecido por la Convención de Ginebra de 1951.

Esta unificación de estatutos produjo relevantes efectos jurídicos tanto a nivel material como procedimental. La reforma supuso el abandono de la protección del derecho de asilo por la vía de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Así lo estimó la sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de enero de 2001: “la tramitación

¹⁰⁸⁸ Como es sabido, el articulado de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, quedó sin contenido a partir del 28 de abril de 2003, conforme se establece a continuación: los artículos 1 a 5 fueron derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE de 28 octubre); los artículos 6 a 10 derogados por Ley 29/1998, 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 julio); y los artículos 11 a 15 quedaron derogados por el número 2.3.º de la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 enero).

forzosa de estos recursos por la vía de urgencia desapareció con la reforma dada por la Ley 9/1994, de modo que en la actualidad únicamente cabe tramitar la impugnación de resolución de asilo por esta vía de urgencia cuando expresamente la parte haya optado por ella, con la consecuencia que en tal supuesto únicamente podrá combatirse la resolución en cuanto conculque los derechos fundamentales”.

Además, otro elemento fundamental introducido por la reforma de 1994 fue el procedimiento de inadmisión a trámite. Con la introducción de esta nueva fase, se evita el examen individualizado de las solicitudes de asilo cuando se incurra en alguno de los siguientes supuestos (art.5):

- Cuando se den las causas establecidas en los arts. 1F y 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951: delitos contra la paz, la humanidad, los delitos de guerra, o graves delitos comunes
- Cuando no se alegue en la solicitud ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado.
- Cuando se trate de una reiteración de solicitud ya denegada en España, siempre y cuando no se hayan producido nuevas circunstancias en el país de origen que puedan suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud
- Cuando la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente inverosímiles, que carezcan de vigencia actual o que no fundamentan una necesidad de protección.
- Si no corresponde su examen a España de conformidad con los Convenios Internacionales de los que sea Parte.
- Cuando el solicitante ya es refugiado en otro país, vive en él o proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar siempre que se trate del “tercer país seguro”.

El objeto principal de esta nueva fase en el procedimiento de asilo responde a la voluntad del legislador de filtrar aquellas solicitudes en las que no concurren los requisitos de contenido o de competencia necesarios, evitando así entrar en el examen individualizado de cada una de ellas y proporcionando una mayor celeridad al proceso. A pesar de los esfuerzos de la doctrina jurisprudencial, que se analiza en el capítulo X del presente estudio, por establecer unos criterios básicos para la aplicación adecuada de las causas de

inadmisión, la Administración ha incurrido en “un uso extraordinario de esta fase del procedimiento” ¹⁰⁸⁹, como estima SANTOLAYA MACHETTI, poniendo en tela de juicio la coherencia y la efectividad de nuestro sistema de asilo, como han denunciado la doctrina y las organizaciones especializadas en cuestiones de asilo ¹⁰⁹⁰.

Otro elemento introducido por la reforma de 1994, tampoco exento de debate doctrinal, fue la posibilidad de presentar la solicitud de asilo en puesto fronterizo. A consecuencia de esta modalidad, el apartado séptimo del modificado art. 5 posibilita mantener en las instalaciones de la frontera a los solicitantes hasta la resolución de su solicitud. Esta medida fue, y sigue siendo con la actual Ley 12/2009, una de los extremos más controvertidos de la regulación del derecho de asilo, llegando incluso a cuestionarse la constitucionalidad de la norma en relación con lo dispuesto en el art.17.2.

De acuerdo con sus *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención* de 2012 ¹⁰⁹¹, el ACNUR considera, en términos generales, la obligación de permanencia en la frontera como una detención, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para el ACNUR, los solicitantes de asilo no deben ser detenidos en principio y, en caso de que esto ocurra, su permanencia en la frontera debe ser lo más corta posible ya que “la detención no es una situación adecuada para la determinación de la condición de refugiado”.

Desde la incorporación de esta modalidad por la Ley 9/1994, las asociaciones y organizaciones representantes de refugiados, como la Comisión Española de Ayuda a los Refugiados (CEAR), se han mostrado contrarias a la misma, abogando por su supresión e impulsando en su contra un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/2002, de 27 de febrero.

¹⁰⁸⁹ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.* p.69

¹⁰⁹⁰ *Ibidem.* p. 69.

¹⁰⁹¹ Como regla general, es ilegal detener a los solicitantes de asilo con fines de expulsión mientras esté en marcha el proceso de asilo, ya que no están disponibles para la deportación mientras no se tome una decisión final sobre su solicitud. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*. ACNUR 2012. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html> p.33.

El Tribunal Constitucional estimó que la privación de libertad introducida en la reforma de 1994 de la anterior Ley de Asilo, era “cierta y previsible”, partiendo del criterio de la proporcionalidad y del hecho de que el solicitante de asilo no es en sentido estricto un detenido en los términos del artículo 17.2 de la CE. La sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a la estancia voluntaria de la persona solicitante en las dependencias fronterizas, “que puede abandonar en cualquier momento renunciando a su condición de refugiado”. Este argumento, sin embargo, no puede ser llevado al extremo y, como estima GALPARSORO, “es preciso comprender el carácter complejo de la situación y la necesaria adecuación al contexto”¹⁰⁹².

En este mismo sentido, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto por la sentencia del mismo Tribunal Constitucional, 179/2000, de 26 de junio: “al respecto lo que debe señalarse es que la referida situación debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999, FJ 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países), impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/ 1999, FJ 5, en el mismo sentido STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, 174/ 1999, FJ 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad”.

La regulación en frontera de la protección internacional suscita el planteamiento de dos grandes conflictos jurídico-filosóficos, siempre presentes en la comprensión objetiva de la naturaleza del derecho de asilo. En primer

¹⁰⁹² GALPARSORO, J. “Una nueva ley de asilo en tiempos de crisis.” *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 2010.p.121

lugar, revela el grado de conciencia del operador jurídico respecto a la limitada autonomía del demandante de protección internacional, movido principalmente por el instinto de supervivencia. El hecho de considerar que una persona que busca refugio es libre de abandonar las instalaciones de frontera es desconocer las razones por las que el solicitante, sin mayor libertad que la huida, escapa de su país de origen. En segundo término, debe abordarse hasta qué punto puede prevalecer el control de fronteras sobre el derecho a solicitar protección internacional o viceversa¹⁰⁹³. Es decir, debe cuestionarse si los intereses nacionales de políticas migratorias pueden prevalecer sobre la defensa de un derecho humano universal como es el derecho a la protección internacional de los refugiados.

4. La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

4.1. Los motivos de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, los motivos principales que propiciaron la redacción y promulgación de una nueva norma sobre el derecho de asilo, catorce años después de la reforma de 1994, residen en la incorporación al ordenamiento jurídico español del desarrollo de la política europea de asilo y en la necesidad de “salvaguardar la eficacia del instrumento jurídico para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación”.

La necesidad de incorporar el *extenso elenco de normas comunitarias* producido por la política europea de asilo ha sido una de las razones principales que determinaron la creación de un nuevo instrumento jurídico. Las principales normas de la Unión Europea, constituyentes de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, objeto de trasposición por la Ley 12/2009, fueron:

¹⁰⁹³ *Ibidem*.p.122

- la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida;
- la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado;
- La Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

Conviene recordar que estas Directivas han sido objeto de modificaciones posteriores a Ley 12/2009, respectivamente por la Directiva 2011/95/EU, 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; la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; y la Directiva de 2013/33/UE, que establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional.

Como se analiza en el capítulo VI del presente estudio, estas nuevas Directivas modifican sustancialmente las condiciones relativas al reconocimiento de la protección internacional, al procedimiento de concesión y de retirada, así como a las condiciones de acogida. Para ello, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Segunda Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, se hace necesario la incorporación de las nuevas Directivas mediante la debida trasposición normativa. En cualquier caso, las normas de la Unión Europea introducen siempre estándares mínimos sobre las que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables.

Es, por lo tanto, el progresivo proceso de internacionalización de la regulación derecho de asilo, mediante la adaptación de nuestro ordenamiento

jurídico al Sistema Europeo Común de Asilo y de la normativa protectora de los derechos fundamentales emanada de la Unión Europea y del Consejo de Europa, una de las causas principales que motivaron la adopción de la vigente Ley 12/2009. El mismo Preámbulo alude a esta internalización de la regulación del derecho de asilo impuesta por nuestro texto constitucional: “no sólo en virtud del artículo 93 en lo atinente a la Unión Europea, sino de forma más amplia en los mandatos interpretativo y aplicativo establecidos, respectivamente, en el apartado uno [quiere decirse “dos”, pero no aparece corrección de errores] del artículo 10 y el mismo apartado del 96” ¹⁰⁹⁴. En esta misma línea de internalización, se destaca la necesidad de adecuar la normativa a las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y en la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional.

4.2. Los elementos constitutivos del derecho a la protección internacional en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Uno de los elementos más característicos de la Ley 12/2009 es la consideración conjunta del derecho de asilo y de la protección subsidiaria bajo la figura unitaria de protección internacional que equipara el contenido jurídico de ambos estatutos. El reconocimiento de la protección internacional se sustenta principalmente sobre dos elementos de carácter constitutivo: el elemento objetivo, conformado por los actos de persecución, y el elemento subjetivo, integrado por los motivos por los que se produce tal persecución. Además, debe concurrir un tercer elemento de carácter negativo conformado por las causas de exclusión y denegación, que imposibilitan al solicitante la obtención de la protección internacional. A pesar de que el contenido jurídico de los dos estatutos de protección internacional queda equiparado, los

¹⁰⁹⁴ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31/10/2009. Preámbulo.

elementos constitutivos y las causas de denegación son distintos en función del estatuto.

4.2.a) Los elementos constitutivos del derecho de asilo

Por derecho de asilo la norma, en su art.2, entiende: “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art.3 de la Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”. El art. 3 de la Ley, por su parte, establece que: “la condición de refugiado se reconoce a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.[...]”

Los actos que entrañan persecución deben ser “suficientemente graves por su naturaleza, o de carácter reiterado, como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales”¹⁰⁹⁵. El art. 6 de la Ley 12/2009, establece un listado en *numerus apertus* de ejemplos que suponen una persecución objeto de posible protección internacional. De acuerdo con GARCÍA MAHAMUT, la concreción de la naturaleza y las formas que deben revestir los actos de persecución constituye “un magnífico avance en materia de protección del derecho de asilo en la medida en que se incorpora a una norma con rango de ley lo que ya en buena medida constituye un acervo en nuestra práctica administrativa al evaluar los solicitudes de asilo y una práctica jurisprudencial al garantizar el reconocimiento y ejercicio de tal derecho.”¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁵ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.6.

¹⁰⁹⁶ GARCÍA MAHAMUT, R. “El nuevo régimen del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y

En cualquier caso, los actos constitutivos de persecución deben estar vinculados a uno de los motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo determinado de acuerdo con los criterios establecidos en el art.7. La Ley 12/2009, siguiendo lo establecido en el art.10 de la Directiva 2004/83/CE de Reconocimiento, incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a través del motivo de pertenencia a un grupo determinado, el género, la orientación sexual y la edad como causas de persecución. Este reconocimiento explícito legal supone un avance histórico en la construcción jurídica del derecho de asilo, poniendo de manifiesto el carácter dinámico y evolutivo de la institución y la capacidad de adaptarse en función de las necesidades existentes en la realidad social actual¹⁰⁹⁷.

Esta apertura a nuevas causas constituyentes de grupo determinado, en cuanto motivos de persecución, ha dado paso a un incipiente debate doctrinal sobre la posibilidad de incorporar nuevos supuestos de protección internacional respecto a otros grupos determinados que sufren persecución, que pierden sus vidas o que ven vulnerada su integridad física por otras causas. Recordemos que en el Dictamen de la Comisión, de la Ley de Asilo actual, se incluyó también como nueva causa de persecución a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados motivos de sufrir persecución “singularizadas por padecer una enfermedad que produzca rechazo”¹⁰⁹⁸. Otras causas reivindicadas por algunos autores y por la sociedad civil exentas de reconocimiento legal explícito son el estatus social o la capacidad económica¹⁰⁹⁹, la trata de seres humanos o los refugiados climáticos.

desafíos”. *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.p.49.

¹⁰⁹⁷ La inclusión del género responde al mandato de la Disposición Adicional 29ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007

¹⁰⁹⁸ SENADO. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Núm. II-21-d de 07/10/2009 p.64

¹⁰⁹⁹ En este sentido, ORTEGA MARTÍN alude a aquellas personas que por su estatus social sufren extorsión económica de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2009, que respecto a una víctima de la guerrilla colombiana estima que “en el contexto de la situación político social de Colombia, sí existe un elemento, nota o característica que por cumplir lo exigido en las normas transcritas es susceptible de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica”. ORTEGA MARTÍN, E. *Manual práctico de derecho de extranjería*. La Ley. 2010. p.11.

En cualquier caso, los solicitantes de asilo no podrán obtener el reconocimiento de su condición de refugiado si incurren en alguna de las causas de exclusión o de denegación establecidas por la ley. Así, de acuerdo con el art.8, quedarán excluidas de la condición de refugiado las personas que estén bajo la protección o asistencia de un organismo internacional distinto del ACNUR, las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia les hayan reconocido los derechos y obligaciones que son inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país, y aquellas que hayan cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad o que sean culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.¹¹⁰⁰

También señala el citado precepto como causa de exclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado la comisión de un delito grave, “entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.¹¹⁰¹

¹¹⁰⁰ Los principios de las Naciones Unidas quedan establecidos en el Preámbulo y en los arts. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945.

¹¹⁰¹ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.8. De acuerdo con el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, «BOE» núm. 260, de 17/09/1882. se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas,

El art.9 establece, además, dos causas denegación del derecho de asilo a las personas que constituyan, por razones fundadas, *un peligro para la seguridad de España* y a aquellas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave, constituyan *una amenaza para la comunidad*. Estas dos causas de denegación del derecho de asilo ponen de manifiesto la clara vinculación del derecho de asilo con elementos propios de la política de seguridad que sufre esta institución jurídica. ORTEGA GIEMENEZ y ALARCON MORENO critican la incorporación de estas causas de denegación calificándolas de “fórmulas jurídicamente imprecisas”.¹¹⁰²

Además, el establecimiento de nueva causas es contrario a las limitaciones establecidas por la Convención de Ginebra de 1951. De acuerdo con la Convención, las causas de exclusión y las causas de denegación deben operar en parámetros distintos; las primeras vinculadas a lo dispuesto en el art. 1.f. de la Convención y las segundas en función de lo dispuesto en el art.33.2.

Las causas de denegación constituyen una excepción al principio de no devolución que el art. 33 de la Convención reconoce a los refugiados¹¹⁰³. Por lo que, en palabras de GALPARSORO: “exige un reconocimiento previo del estatuto de refugiado y en ningún caso puede entenderse la naturaleza jurídica de esta figura en la Convención de Ginebra una causa de exclusión del estatuto ni puede serlo en nuestro ordenamiento jurídico”. Del mismo modo, recuerda PÉREZ SOLA que la incorporación de las causas de denegación “configuran un escenario en la norma confuso en su formulación y

municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

¹¹⁰² ORTEGA GIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J. “Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo”. *Iuris*. Enero 2010. p. 49

¹¹⁰³ Por supuesto, un índice, no absoluto, pero importante, a la hora de tomar en consideración el contexto del país supuestamente inseguro (al lado de las pruebas concretas relacionadas con la persecución de la persona solicitante de asilo o protección internacional), radica en el modo en que desde la Unión Europea se afrontan las sanciones comunitarias a países terceros, especialmente sanciones con telón de fondo político o, en otros términos, guiadas por criterios de condicionalidad política: a este respecto puede leerse SINOU, D. « Les sanctions communautaires à l'égard de pays tiers », in PICCHIO FORLATI, Laura / SICILIANOS, Linos-Alexandre (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2004, pp. 603-635; y, de la misma autora: « La conditionnalité politique des accords externes de l'Union européenne », in MONDIELLI, Éric / LAMBLIN-GOURDIN, Anne-Sophie (dir.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 195-200

probablemente también en sus consecutivas, ya que operan como cláusulas de exclusión no prevista en el art.1.f. de la Convención de Ginebra”.¹¹⁰⁴

4.2.b) Los elementos constitutivos de la protección subsidiaria

La protección subsidiaria, de acuerdo con el art.4 de la Ley 12/2009, queda configurada como el derecho “dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que aunque no reúnan los requisitos para obtener el asilo o para ser reconocidas como refugiadas, sí que se den sobre ellos motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual, en el caso de los apátridas se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el art. 10 de la ley y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate”.

El art.10 al que se remite el citado precepto considera como daños graves constitutivos de la protección subsidiaria: “la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante y las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.” Esta enumeración de los daños graves que pueden dar lugar a la protección subsidiaria ha sido criticada por algunos autores¹¹⁰⁵, dado que el término daños graves es un concepto jurídicamente indeterminado. En cualquier caso la inclusión de tratos inhumanos o degradantes en el país de origen como *daños graves* permite la consideración de diferentes supuestos siguiendo una amplia interpretación del término.

En la anterior Ley de Asilo de 1984,, tras la reforma operada en 1994, ya se incluía la posibilidad de este tipo de protección dentro de las razones humanitarias o de bien público. Así, disponía el art.17.2 de la anterior legislación: “[...]por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la

¹¹⁰⁴ PÉREZ SOLA, N. *Op.cit.* p. 278

¹¹⁰⁵ GALPARSORO, J. *Op.cit.* p.112

permanencia en España del interesado cuy solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se haya visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley”¹¹⁰⁶.

Dicho precepto fue objeto de desarrollo reglamentario en el art. 31.3 del Reglamento de Asilo RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que reguló la autorización de permanencia en España del solicitante de asilo al que se le denegaba tal solicitud siempre que “se apreciaran motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado”, y por el art 31.4 del Reglamento de Asilo que reguló la permanencia por causas humanitarias en los términos del art.45.4 del Reglamento de Extranjería.

Con la actual Ley 12/2009, el estatuto de la protección subsidiaria adquiere configuración legal bajo la naturaleza de derecho subjetivo y con el mismo contenido jurídico del estatuto de refugiado. La ley vigente, además, mantiene la posibilidad de autorizar la estancia o residencia en España por razones humanitarias, de acuerdo con el art.37.b, dentro de los efectos de las resoluciones denegatorias. De acuerdo con GARCÍA MAHAMUT, la regulación sistemática de la protección subsidiaria “da cabida a situaciones que revisten de tal gravedad que no pueden quedar sin respuesta en un Estado Democrático de Derecho en el siglo XXI, pese a no subsumirse en los términos específicos taxativamente fijados por la Convención de Ginebra”.¹¹⁰⁷

La protección subsidiaria también queda condicionada a las causas de exclusión y de denegación, establecidas al efecto en los arts. 11 y 12 de la Ley. Un nuevo supuesto se incorpora en las causas de exclusión para la protección subsidiaria: la constitución de un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público. Además de las causas de exclusión de comisión de delito grave de acuerdo con nuestra normativa penal o de comisión de delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad definidos por instrumentos internacionales, el legislador incorpora una formulación

¹¹⁰⁶ ESPAÑA. Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE. núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

¹¹⁰⁷ GARCÍA MAHAMUT, R. *Op.cit.*p.53.

jurídica imprecisa que pone de manifiesto de nuevo la subordinación del derecho de protección internacional a las cuestiones de seguridad.

4.3. El contenido jurídico esencial del derecho a la protección internacional

La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria conlleva, de acuerdo con el art.36 de la Ley 12/2009, “el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea”¹¹⁰⁸. El citado precepto enumera una serie de derechos que, en cuanto mínimos, configuran el contenido esencial de la protección internacional:

- la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España;
- el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección;
- la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social;
- la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se benefician de la protección subsidiaria;
- el acceso a los servicios públicos de empleo;
- el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles;

¹¹⁰⁸ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.36.

- el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero;
- la libertad de circulación;
- el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan;
- el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse;
- el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la presente Ley y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

Por otra parte, la Ley 12/2009 contempla los derechos de unidad familiar y de extensión de la protección internacional a los miembros de la familia en los términos establecidos en los art. 39 y siguientes del Título III. Estos derechos quedan analizados en el Capítulo VII del presente trabajo en relación con los solicitantes de protección internacional LGBTI y sus familiares.

La norma, además, obliga a las Administraciones Públicas al establecimiento de “los programas necesarios de integración de las personas con estatuto de protección internacional, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales y les faculta para la puesta en marcha de servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia”. (Apartados 2º y 4º del art.36).

Los solicitantes de protección internacional son, además, sujetos de una serie de derechos y garantías que les asisten en la acogida y en todo el procedimiento desde la presentación de la solicitud. En el Capítulo III del Título II de la Ley 12/2009, se regulan las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional estableciendo que: “se proporcionará, siempre que carezcan de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida

necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad.” (art.32)¹¹⁰⁹.

En la actualidad, cuatro años después de la adopción de la Ley 12/2009, el Reglamento de Asilo no ha sido aún aprobado. El Reglamento de Asilo aplicable es el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por el Real Decreto 203/1995¹¹¹⁰. El desarrollo reglamentario de las condiciones de acogida exigirá la incorporación de la Directiva de 2013/33/UE que establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional, aprobada el 26 de junio de 2013, cuyo análisis se realiza en el Capítulo III del presente estudio.

En todo caso los solicitantes de protección internacional, una vez presentada la solicitud, tienen reconocidos una serie de derechos que les asisten en el procedimiento. Así, de acuerdo con el art.18.1: “los solicitantes tiene derecho a ser documentado como solicitante de protección internacional, a la asistencia jurídica gratuita e intérprete; a que se comunique su solicitud al ACNUR; a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante; a conocer el contenido del expediente en cualquier momento; y a la atención sanitaria en las condiciones expuestas y a recibir prestaciones sociales específicas en los términos previstos por la propia Ley.”

Sin embargo, y a falta de desarrollo reglamentario, la norma adolece de falta de concreción en materia de reconocimiento de derechos tan esenciales como el de la asistencia jurídica o el del intérprete. Como han denunciado las ONGs y colectivos especializados en cuestiones de asilo, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, CEAR, los solicitantes de protección internacional se

¹¹⁰⁹ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.32: “*La acogida se realizará, principalmente, a través de los centros propios del Ministerio competente y de aquéllos que sean subvencionados a organizaciones no gubernamentales, dejando la concreción de las condiciones al desarrollo reglamentario*”.

¹¹¹⁰ ESPAÑA. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995), modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

enfrentan a graves dificultades en la tramitación de sus solicitudes y de los recursos judiciales, entre ellas: la falta de documentación y acceso a expedientes, el desconocimiento de las características particulares del recurrente, la dificultad de comunicación entre abogado y cliente y la falta de formación de letrados en materia de asilo y refugio.¹¹¹¹ El esperado Reglamento de Asilo deberá incluir los derechos y las garantías establecidos, a través del nuevo paquete de asilo de la Unión Europea, por la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, cuyos principales elementos se examinan en el Capítulo III del presente estudio.

En cualquier caso, la Ley 12/2009, en el art.46, reconoce que: “se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos.” El mismo precepto subraya, en un segundo apartado, que: “se dará un tratamiento específico a aquéllas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley, aunque no concreta las medidas específicas que requieren estas personas”¹¹¹². Por último, los arts 47 y 48 concretan una serie de garantías para los menores, prestando especial atención al supuesto de menores no acompañados.

¹¹¹¹ Véase CEAR. COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España*. Informes de 2010, 2011, 2012 y 2013 sobre www.cear.es

¹¹¹² Este aspecto de la Ley es fundamental para los solicitantes o beneficiarios de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género, tal como se estudia en el Capítulo VII del presente estudio.

4.4.La cuestión de la exclusión de los ciudadanos comunitarios del ámbito subjetivo de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Una de los aspectos más controvertidos de la Ley 12/2009 es la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación a los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. El art. 1, al delimitar el objeto de la ley, introduce una restricción relativa a las personas de países comunitarios, estableciendo que: “la ley tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional”. . El art. 2, respecto al derecho de asilo, establece que: “es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado”. Además, el art. 16.1 de la ley, al regular el derecho a solicitar protección internacional, dispone que: “las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España”.

La exclusión de los ciudadanos comunitarios del ámbito subjetivo de aplicación de la norma proviene de la consideración *prima facie* como países de origen seguros a todos los Estados miembros, dado el supuesto grado de protección de los derechos y libertades fundamentales de la Unión Europea, en función con los establecido por el Protocolo nº24 de asilo (cuyas disposiciones, a través del Tratado de Lisboa, se incorporan como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, esta exclusión de los ciudadanos comunitarios puede entrar en conflicto con lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y con el propio mandato del art. 13.4 de nuestra Constitución¹¹¹³.

¹¹¹³ FERNÁNDEZ ARRIBAS entre otros autores, critica la compatibilidad entre el Protocolo nº24 de asilo a nacionales de los Estados miembros y la Convención de Ginebra de 1951. FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, p.143.

El ámbito subjetivo de aplicación de la norma viene delimitado por la Convención de Ginebra de 1951. Conviene recordar que el art. 1.A dispone que: “el término «refugiado» se aplicará a toda persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”¹¹¹⁴ El art.3 de la Convención establece, además, que: “los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

Como ha denunciado el ACNUR, esta regulación presenta una contradicción evidente con la Convención de Ginebra de 1951 ya que en ella se recogen como obligaciones de los Estados signatarios de la misma, junto a la discriminación por motivo el país de origen, la cláusula de aplicación territorial (art.40), cuestiones difíciles de conciliar, de acuerdo con PÉREZ SOLA, con la exclusión de los ciudadanos comunitarios de la protección internacional¹¹¹⁵.

En otro orden de términos, el art.13.4 CE establece que: “la Ley regulará los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar el derecho de asilo”. Atendiendo a su tenor literal, la CE configura el derecho de asilo como un derecho de configuración legal que se atribuye a los ciudadanos de otros países y apátridas, sin exclusión alguna. El Tribunal Constitucional, aunque no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la exclusión de los ciudadanos comunitarios, sí que ha estimado que “la remisión al legislador ordinario debe abordar la configuración del régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España, [...] respetando plenamente los demás preceptos de la Constitución [...]”.¹¹¹⁶ Además, como ha subrayado GALPARSORO, existe una reiterada jurisprudencia, en especial referida a la legislación de extranjería que, con total

¹¹¹⁴ NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra. 28 de julio de 1951. Art.1A.

¹¹¹⁵ PÉREZ SOLA, N. *Op. cit.* p.293.

¹¹¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 53/02, de 27 de febrero, FJ4º.

claridad, rechaza que la modulación de los derechos de configuración legal pueda afectar al contenido esencial del mismo, en especial a su ámbito subjetivo¹¹¹⁷.

Además, el conflicto de la Ley 12/2009 con la Convención de Ginebra en materia de exclusión de los ciudadanos comunitarios plantea la duda sobre la constitucionalidad de la norma en función del sistema de aplicación de las normas de Derecho Internacional Público a nuestro ordenamiento jurídico establecido por nuestra Constitución. Resulta pertinente destacar que, de acuerdo con el artículo 96.1: “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas o modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho”. Además, de acuerdo con el art. 10.2 CE: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹¹¹⁸.

En cualquier caso, la nacionalidad de un Estado miembro es, también, causa de inadmisión según lo establecido en el art. 20.1.f que establece la inadmisión de la solicitud “cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el derecho de asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea”¹¹¹⁹. Siguiendo el criterio

¹¹¹⁷ GALPARSORO, J. *Op.cit.*p. 103.

¹¹¹⁸ En la doctrina, al respecto léase SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. En el mismo sentido, pero poniendo el énfasis en la cláusula constitucional de apertura internacional del artículo 10.2 de la Constitución por referencia a los derechos sociales, centrado especialmente en la ratificación por parte el España del Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (mediante el que se asume un mecanismo de comunicaciones individuales), véase el análisis más reciente de ADNANE, A. “El Artículo 10.2 CE: Un Cauce Para Integrar El Contenido De Los Derechos Sociales”, *Revista Lex Social*, nº 1, julio-diciembre 2011, pp. 126-140

¹¹¹⁹ La caracterización como Estado no seguro, desde una perspectiva más estrictamente constitucional, resulta de una difícil aprehensión al analizar caso por caso cada país, pues una apertura y consolidación democráticas que eventualmente impidieren la concesión del asilo, especialmente por motivos de orientación sexual e identidad de género, se ven en bastantes ocasiones fuertemente influidas por una fuerte interacción entre la tradición y la racionalidad constitucional, como bien ha expuesto en el caso marroquí el Profesor ADNANE, A.: “Entre La

de GARCÍA MAHAMUT, siendo la nacionalidad de un Estado miembro causa de inadmisión, “no resultaba en absoluto necesario excluir de plano a los ciudadanos comunitarios, pudiéndose cumplir con los fines que persigue la norma sin necesidad de que a la postre se ponga en tela de juicio el incumplimiento de la Convención de Ginebra”. ¹¹²⁰

4.5. La regulación de los agentes de persecución y de protección en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Respecto a los agentes de persecución o causantes de daños graves, estos podrán ser el Estado, los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio y los agentes no estatales, de acuerdo con el art.13 de la ley 12/2009. Se incorpora como agente de persecución a los agentes no estatales siguiendo la reiterada jurisprudencia que ya otorgaba el derecho de asilo en supuestos en los que el solicitante era perseguido por agentes no estatales como grupos armados, facciones, organizaciones guerrilleras¹¹²¹, entre otras. Este reconocimiento legal explícito de los agentes de persecución no estatales tiene efectos sustanciales entre aquellas personas

Tradición Y La Racionalidad Constitucional En Marruecos (Despliegue y Articulación Del Poder)”, *Revista de Derecho Político*, nº 79, 2010, pp. 173-200. Una ilustración de esa tensión entre la tradición y la racionalidad constitucional se puede comprobar no sólo en el modo de enfocar el estatuto de refugiado por los motivos analizados en la presente investigación, sino porque esos motivos se entremezclan de manera sesgada con otras instituciones que han conocido una larga y lamentable historia de discriminación bajo el pretexto de una tradición alejada de los parámetros de una posible interpretación evolutiva, como también ha evocado ADNANE, A.: “El trato discriminatorio de la filiación extramatrimonial en Marruecos”, *Revista de Derecho Político*, nº 86, 2013, pp. 281-306.

¹¹²⁰ GARCÍA MAHAMUT, R. *Op.cit.* p. 57. Por otra parte un índice, no absoluto, pero importante, a la hora de tomar en consideración el contexto del país supuestamente inseguro (al lado de las pruebas concretas relacionadas con la persecución de la persona solicitante de asilo o protección internacional), radica en el modo en que desde la Unión Europea se afrontan las sanciones comunitarias a países terceros, especialmente sanciones con telón de fondo político o, en otros términos, guiadas por criterios de condicionalidad política: a este respecto puede leerse SINOU, D. « Les sanctions communautaires à l'égard de pays tiers », in PICCHIO FORLATI, Laura / SICILIANOS, Lino-Alexandre (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2004, pp. 603-635; y, de la misma autora: « La conditionnalité politique des accords externes de l'Union européenne », in MONDIELLI, Éric / LAMBLIN-GOURDIN, Anne-Sophie (dir.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 195-200

¹¹²¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Directrices sobre solicitudes de asilo relativas a víctimas de crimen organizado*. ACNUR. Marzo 2010.

perseguidas por motivos de género o de orientación sexual, como se analiza en el Capítulo VII del presente estudio, víctimas de persecución por entornos sociales, y muy frecuentemente, los familiares. .

Las sentencias de la Audiencia Nacional 19 de diciembre de 2008 y de 13 de enero de 2009, ya habían reconocido con anterioridad a la vigente Ley de Asilo para los casos de persecución por agentes no estatales, que: *“cuando la población local comete serios actos de discriminación y otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”*.¹¹²²

En cualquier caso, para que se reconozca la condición de refugiado o la protección subsidiaria es necesario que la persona que sufre persecución no encuentre o no pueda encontrar protección en su país de origen. Por protección se entiende, de acuerdo con el art.14.2: “aquellas medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves, tales como el establecimiento de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, siempre que el solicitante tenga acceso efectivo a ella”. El citado precepto, en su primer apartado, define por agentes de protección: “al Estado o a los partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio”. De forma acertada, la norma se remite a lo dispuesto por las instituciones de la Unión Europea o por las organizaciones internacionales relevantes, “al efecto de valorar si una organización internacional controla un Estado o una parte considerable de su territorio y proporciona la protección descrita en el apartado anterior”. (art.14.3).

Además, el art. 15 reconoce que: “los fundados temores de ser perseguido o el riesgo real de sufrir daños graves pueden asimismo basarse en acontecimientos sucedidos o actividades en que haya participado la persona solicitante con posterioridad al abandono del país de origen o, en el caso de apátridas, el de residencia habitual.” Este precepto es de suma importancia para las personas que, una vez dejado su país de origen, realicen actividades

¹¹²² AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO CONTENCIOSO. Sentencias de 19 de diciembre de 2008 y Sentencia de 13 de enero de 2009.

penadas en el ejercicio de su la libertad de expresión o de reunión. De este modo, el mismo precepto reconoce la especialidad de aquellos acontecimientos o actividades que constituyen la expresión de “convicciones u orientaciones mantenidas en el país de origen o de residencia habitual”.

Aun así, el segundo apartado del art.15 matiza que: “se ponderará, a efectos de no reconocer la condición de refugiado, el hecho de que el riesgo de persecución esté basado en circunstancias expresamente creadas por la persona solicitante tras abandonar su país de origen o, en el caso de apátridas, el de su residencia habitual “ De acuerdo con DIAZ AGUILAR, ese segundo párrafo podría haberse suprimido, puesto que lo que hay que evaluar en cada solicitud de asilo es el temor fundado a ser perseguido por los motivos alegados y el riesgo real que se correría en el caso de ser devuelto a su país, más allá de las circunstancias por las cuales se ha generado, intencionadamente o no, dicho riesgo.¹¹²³

4.6.La regulación del procedimiento de la protección internacional en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Una de las aportaciones más relevantes de la actual Ley de Asilo es la unidad de procedimiento en relación con los dos estatutos de protección internacional; el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria. De esta forma, el establecimiento de un procedimiento único permite examinar de manera simultánea ambos estatutos evitando de este modo dilaciones innecesarias o prácticas abusivas.

De acuerdo con el art.17: “el procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente”. El precepto establece el plazo máximo de un mes para presentar

¹¹²³ DIAZ AGUILAR, I. *Texto articulado con comentarios de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Disponible en: <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html>

la solicitud desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. Dada la situación grave sufrida por los solicitantes de protección internacional, este límite temporal debe entenderse en relación con lo dispuesto en el art.8 de la Directiva 2005/85 que expresamente establece que: “los Estados miembros garantizarán que las solicitudes de asilo no se rechacen ni excluyan del examen por el único motivo de no haberse presentado tan pronto como era posible”¹¹²⁴.

La legislación actual presenta varios cauces para presentar e iniciar la tramitación de las solicitudes. Se puede hacer en territorio nacional o en frontera. Se permite también presentar solicitud de protección internacional en los Centro de Internamiento para Extranjeros, CIEs, y ante las Embajadas y Consulados, con las peculiaridades procesales que a continuación se subrayan. Además, la norma prevé que para determinados supuestos la tramitación de la solicitud sea por procedimiento de urgencia, reduciendo a la mitad el plazo estimado para el procedimiento administrativo común.

4.6.a) La solicitud de protección internacional en territorio. Análisis de las causas de inadmisión de la solicitud

Respecto a la presentación de solicitudes en territorio, el art. 20 regula las causas de inadmisión de la solicitud de protección internacional. En términos generales, las causas de inadmisión son:

- La falta de competencia para el examen de las solicitudes. En este sentido, se estará a lo dispuesto por el Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y a los Convenios Internacionales ratificados por España.

¹¹²⁴ UNIÓN EUROPEA. DIRECTIVA 2005/85/CE DEL CONSEJO de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. DOUE. L326/13

- La falta de requisitos: cuando la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, cuando proceda de un tercer país seguro, cuando hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España o presentado una nueva solicitud con otros datos personales, siempre que no se planteen nuevas circunstancias, y cuando sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea,

La norma establece un plazo máximo de un mes desde la presentación de la solicitud para notificar la admisión o inadmisión a trámite. Transcurrido el plazo se entiende admitida la solicitud, por silencio positivo, y se reconoce la permanencia provisional en territorio español. En caso de no admitirse a trámite, los efectos serán los mismos que la denegación de la solicitud¹¹²⁵.

Para la aplicación de la causa de inadmisión por procedencia de un tercer país seguro, según lo establecido por el art.20.1.d, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

1. Se estará a lo dispuesto en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea.
2. Se atenderá a las circunstancias particulares, a que reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y en caso de ser refugiado, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.
3. Se requerirá que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país.

En la actualidad, los Estados miembros de la Unión Europea no han llegado a acuerdos vinculantes respecto a qué países deben considerarse como seguros. De hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la

¹¹²⁵ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art 20.2

Sentencia de 6/5/2008, declaró nulos los apartados 1 y 2 del art.29 y el apartado 3 del art.26 de la Directiva 2005/85, anulando el procedimiento que regula la Directiva a través del cual se debe elaborar la lista en cuestión.

Las causas de inadmisión a trámite han sido utilizadas de forma extraordinaria por parte de la Administración, evitando entrar en el examen concreto e individualizado de las solicitudes. Como ya sostuvo SANTOLAYA MACHETTI, nos encontramos ante “una excesiva aplicación de un procedimiento de alguna manera excepcional”¹¹²⁶. Los datos aportados por el Informe de CEAR de 2013 corroboran la teoría: de las 2.580 solicitudes en España sólo 1.911 peticiones fueron admitidas a trámite, 90 inadmitidas y 368 denegadas¹¹²⁷; Para intentar adecuar la aplicación de las causas de inadmisión, la doctrina jurisprudencial, como se analiza en el Capítulo VII del presente estudio, ha exigido la diferencia entre el requisito de verosimilitud del relato respecto a la concurrencia de indicios suficientes; requiriendo a la Administración que inadmita ante solicitudes manifiestamente inverosímiles y exigiendo la admisión a trámite en caso de duda sobre los indicios aportados.

4.6.b) La solicitud de protección internacional en Embajadas y Consulados

La posibilidad de solicitar protección internacional en legaciones diplomáticas queda regulada en el capítulo VI de la Ley 12/2009. Así, dispone el art. 38 que: “con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”. La aplicación efectiva de este precepto plantea retos significativos en materia de seguridad jurídica.

La primera cuestión que suscita es el relativo grado de discrecionalidad otorgado al responsable de la representación diplomática española, si bien

¹¹²⁶ SANTOLAYA MACHETTI, P. *Op.cit.* p.69

¹¹²⁷ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. CEAR. *Informe: La situación de las personas refugiadas en España. 2013.* Disponible en: http://cear.es/wp-content/uploads/2013/06/InformeCEAR_2013.pdf p. 50

remite la norma a la concreción por reglamento de *las condiciones de acceso*, así como del *procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos*. En este mismo sentido, ORTEGA GIMENEZ Y ALARCÓN MORENO consideran *preocupante* que la decisión quede bajo la discrecionalidad del embajador¹¹²⁸.

La segunda cuestión que queda indeterminada es el alcance de esta modalidad respecto a los dos estatutos de protección internacional. Aunque el tenor literal del art.38 mencione el traslado del o de los solicitantes de asilo, dado que la solicitud y tramitación tanto del derecho de asilo como de la protección subsidiaria funcionan mediante un único procedimiento, una vez que la solicitud haya llegado a la Oficina de Asilo y Refugio, al descartar los elementos que constituyen el derecho de asilo debe valorarse si concurren los elementos para reconocer la protección subsidiaria.

Dos son los obstáculos principales que dificultan el acceso a esta modalidad de solicitud. Por una parte, la falta de representaciones diplomáticas españolas en países donde se perpetran violaciones sistemáticas de derechos humanos. Por otra, la exclusión a los nacionales del país donde se ubique la Embajada o el Consulado. GALPARSORO critica este último extremo entendiendo que, si este mecanismo no inicia el procedimiento de asilo (sólo se solicita el traslado), “supone un retroceso injustificado y de especial gravedad ante los obstáculos ya existentes para acceder al procedimiento en territorio español”.¹¹²⁹

Por su parte, MAHAMUT GARCIA, a pesar de considerar esta modalidad como un excelente mecanismo de protección para determinadas situaciones, estima más oportuno el instrumento de reasentamiento, reconocido en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2009, para “satisfacer nuestro compromiso con la protección internacional más allá de nuestras fronteras, en la línea de ofrecer una solución duradera para aquellos refugiados que ni pueden regresar a su país de origen ni permanecer en el país tercero con garantías de seguridad.”¹¹³⁰

¹¹²⁸ ORTEGA GIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J. *Op.cit.* p. 49

¹¹²⁹ GALPARSORO, J. *Op.cit.* p.114

¹¹³⁰ GARCÍA MAHAMUT. *Op.cit.* p.82

4.6.c) La solicitud de protección internacional en la frontera

Respecto a la solicitud en puesto fronterizo, el art. 22 regula esta modalidad bajo los siguientes términos:

1º. Se establecen causas de denegación añadidas a las ya concurrentes para la modalidad de solicitud en territorio: “cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave.” De acuerdo con la Comisión Española de Ayuda al Refugiado esta nueva causa de admisión supone una discriminación difícilmente justificable que aumenta el margen de discrecionalidad por parte del Ministerio del Interior.¹¹³¹

DIAZ AGUILAR estima que el precepto supone una “mezcla de todo el procedimiento” considerando como grave que se eleve la insuficiencia de las alegaciones a causa de denegación, utilizando un término jurídicamente indeterminado y convirtiendo una causa de inadmisión en denegación, de forma incoherente con el resto del articulado¹¹³².

2º. La resolución de admisión o inadmisión deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación. El plazo podrá ampliarse hasta un máximo de diez días por resolución del Ministro del Interior, en los casos en los que, por concurrir alguna de las causas de denegación o de inadmisión, el ACNUR, de manera razonada, así lo solicite. Estos plazos son por una parte excesivos para la persona que se encuentra en la frontera, y que puede llegar a sufrir condiciones de extrema dureza y, por otra parte, son insuficientes para entrar en el fondo de la solicitud para examinar la concurrencia de los elementos constitutivos de protección internacional.

¹¹³¹ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. CEAR. *La situación de las personas refugiadas en España*. Informe 2010. Madrid. p.168.

¹¹³² DIAZ AGUILAR, I. *Texto articulado con comentarios de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Disponible en: <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html>

3° Queda prevista la devolución del solicitante al país de procedencia en caso de inadmisión a trámite o denegación de su solicitud.

4.6.d) La solicitud de protección internacional en los CIEs

Por último, también se admite la posibilidad de presentar las solicitudes en los Centros de Internamiento de Extranjeros. Las solicitudes presentadas por los extranjeros en los CIES se tramitan como las solicitudes presentadas en puestos fronterizos. Si son admitidas se tramitan por el procedimiento de urgencia de acuerdo con lo dispuesto en el comentado art.25 de la Ley 12/2009.

4.6.e) La modalidad de trámite urgente

Además, la ley regula en su art.25 la posibilidad de tramitar la solicitud con carácter urgente cuando:

- a) “parezcan manifiestamente fundadas;
- b) hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente, por menores no acompañados;
- c) planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria
- d) la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20.1.d), y del que posea la nacionalidad, o si fuere apátrida, en el que tuviera su residencia habitual;
- e) la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes previsto en el apartado segundo del artículo 17;
- f) la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la presente Ley.”

La característica principal del procedimiento de urgencia es que reduce a la mitad el plazo del procedimiento administrativo común. El objetivo principal de

este procedimiento es poder acelerar la instrucción en aquellos casos de vulnerabilidad del solicitante o de presunta concurrencia de causas de inadmisión o de denegación. Siguiendo a DIAZ AGUILAR, “lo que se debería garantizar es una tramitación rápida y justa de todas las peticiones; el esfuerzo se debe dirigir a cumplir el plazo general de seis meses con todas las garantías, lo que en la actualidad no ocurre a pesar del escaso número de solicitudes de asilo en España.”¹¹³³ Como destaca ORTEGA MARTIN, la Ley 12/2009 no regula un verdadero procedimiento de urgencia “sino una serie de causas que habilitan para la reducción del plazo a la mitad”¹¹³⁴.

4.7.La revocación y el cese de la protección internacional

En el Título IV de la Ley 12/2009 se establecen las causas de cese y de revocación de la protección internacional, así como el procedimiento para los mismos.

Cesarán en la condición de refugiados aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el art.42, es decir, las que expresamente así lo soliciten; las que se hayan acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, las personas que habiendo perdido su nacionalidad, la hayan recobrado voluntariamente, las que hayan adquirido una nueva nacionalidad y disfruten de la protección del país de su nueva nacionalidad, las que se hayan establecido, de nuevo, voluntariamente, en el país que habían abandonado, o fuera del cual habían permanecido, por temor a ser perseguidos, o las que hayan abandonado el territorio español y fijado su residencia en otro país.

De radical importancia es el supuesto de cese de la protección internacional cuando las circunstancias que constituían el derecho a la misma hayan desaparecido en el país de origen, o en el de su anterior residencia habitual para el caso de los apátridas. En este supuesto, el cese de la protección internacional puede tener lugar en los casos de persecuciones perpetradas por regímenes dictatoriales, tras la caída de éstos. De todos modos, el precepto matiza que: “el Estado español tendrá en cuenta si el cambio de circunstancias

¹¹³³ *Ibidem*. Disponible en: <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html>

¹¹³⁴ ORTEGA MARTIN, E. *Manual práctico de derecho de extranjería*. La Ley. 2010. p.59.

es lo suficientemente significativo como para dejar de considerar fundados los temores del refugiado a ser perseguido, requiriendo que no sea de carácter temporal” (art.42.2). En cualquier caso, el cese del estatuto de refugiado no implica la salida obligatoria de España sino la aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, teniendo en cuenta el período de tiempo que los interesados hayan residido legalmente en nuestro país.

De acuerdo con el art. 43 la protección subsidiaria también cesará cuando así lo solicite expresamente la persona beneficiaria, cuando ésta haya abandonado el territorio español y fijado su residencia en otro país y por el cambio significativo de circunstancias constitutivas de la protección subsidiaria en el país de origen o de su última residencia habitual.

Además, el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria podrán ser revocados cuando concurren las causas de exclusión y denegación de los arts. 8, 9 11 y 12, en el supuesto de que la persona beneficiaria haya tergiversado u omitido hechos, incluido el uso de documentos falsos, que fueran decisivos para la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria; y en el supuesto de que la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad. (art.44)

Dos son las críticas principales que se pueden hacer respecto a las causas de revocación:

1. La inclusión de las causas de exclusión como causas de revocación, que son contrarias a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951. De acuerdo con DIAZ AGUILAR “es contrario a la Convención de Ginebra de 1951 que se utilice para la revocación del estatuto la concurrencia de alguno de los supuestos de exclusión previstos en los artículos 8 y 11 de la ley, introduciendo un elemento de inseguridad jurídica inaceptable en la tramitación de la protección internacional” ¹¹³⁵.

2. El ACNUR reiteró durante la tramitación de la ley que las tergiversaciones, la omisión de hechos o el uso de documentos falsos

¹¹³⁵ DIAZ AGUILAR, I. *Op.cit.* Disponible en: <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html>

sólo pueden servir como base para cancelar el estatuto de refugiado si afectan a datos sustanciales o relevantes (es decir a elementos que fueron esenciales para el reconocimiento) y si hubo intención por parte del solicitante de engañar al órgano instructor.¹¹³⁶

El procedimiento de cese o de revocación viene establecido con unas garantías procesales previstas en el art.45. De acuerdo con el mismo, “la tramitación del procedimiento principiará en la Oficina de Asilo y Refugio que, cuando proceda, elevará la propuesta al Ministro de Interior que resolverá sobre el cese o revocación.” Como todo procedimiento administrativo frente a la resolución podrá presentarse recurso contencioso-administrativo.

En todo caso, conviene recordar el mandato del principio de no devolución que opera como límite para el cese de la protección internacional y que impide determinar el envío de los interesados a un país en el que exista peligro para su vida o su libertad, o en el que estén expuestos a tortura o a tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, en el que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor o de riesgo.(art.44.4)

5. Principales elementos de la política española de asilo a la luz de los datos estadísticos del Ministerio del Interior, de la Agencia Europea EURSOTAT y de los informes de CEAR.

El análisis de los datos estadísticos de las memorias elaboradas por el Ministerio del Interior, de las publicaciones de la Agencia Eurostat de la Unión Europea y de los informes anuales publicados por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, CEAR, permite deducir los principales caracteres de nuestra política de asilo.

El primero de los elementos a destacar, a pesar de nuestra particular situación geográfica entre África y el resto de Europa, es que España no es un país receptor de refugiados. De hecho, con el paso de los años, es cada vez menor el número de solicitudes de protección internacional presentadas en España. Durante el año 2012, se formalizaron en España sólo 2.580 peticiones; siendo la cifra más baja registrada en los últimos 25 años, como destaca el

¹¹³⁶ *Ibídem*

Informe de CEAR de 2013.¹¹³⁷ Efectivamente, desde la adopción de la Ley 12/2009 se ha incrementado la tasa de descenso de solicitudes: 3.007 solicitudes en 2009, 2.744 en 2010, 3.422 en 2011 y las citadas 2.580 de 2012¹¹³⁸.

Esta cifra resulta insignificante con el total de solicitudes de protección internacional presentadas globalmente en el año 2012. De acuerdo con el ACNUR, en el mismo año que se presentaban en España 2.580 solicitudes, la cifra total de solicitudes de protección internacional en el mundo ascendía a 893,700¹¹³⁹. Estos datos manifiestan las dificultades existentes para poder ejercitar el derecho de asilo en nuestro Estado y la ineficacia de nuestro sistema, que se presenta incapaz de responder ante el mandato de las obligaciones derivadas de los compromisos jurídicos adquiridos en la comunidad internacional. No parece que nuestra estricta y restrictiva política de asilo responda con eficacia a los objetivos que persigue. Si uno de los motivos principales que propiciaron la adopción de una nueva Ley de Asilo fue “la necesidad de salvaguardar la eficacia del instrumento jurídico para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación”, conviene al legislador, en particular, y a toda la Administración Pública, en su conjunto, plantearse la diferencia entre rigidez y firmeza y aceptar la necesidad de cierta flexibilidad y apertura del acceso al ejercicio del derecho a la protección internacional para la consecución de una verdadera eficacia en nuestro sistema de asilo.

El Informe de CEAR de 2013 revela otro dato significativo: España es el Estado miembro que ocupa el puesto penúltimo en la relación del número de solicitudes presentadas por millón de habitantes en los países de la Unión Europea. Resulta cuanto menos paradójico que, siendo España el Estado europeo más próximo a África, sea al mismo tiempo uno de los países de la

¹¹³⁷ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España*. Informe de 2013. p.48. “Desde el pico de 9.490 solicitudes en 2001, la cifra más alta de la década de 2000, la tendencia ha sido a la baja, con un descenso del 72,8% hasta 2012”.

¹¹³⁸ *Ibidem*.

¹¹³⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Displacement. The New 21st Century Challenge*. UNHCR. Global Trends 2012 Report. Disponible en: http://unhcr.org/globaltrends/june2013/UNHCR%20GLOBAL%20TRENDS%202012_V08_web.pdf p.3

Unión Europea que menos solicitudes recibe. La razón de ser de esta paradoja reside en el indiscriminado cierre de nuestras fronteras¹¹⁴⁰, que imposibilita tanto a los perseguidos ejercer su derecho humano a ser refugiados como a nuestro Estado a cumplir con los compromisos internacionales, europeos y constitucionales de promover, proteger y garantizar el ejercicio de todos los derechos humanos, incluidos, entre ellos, el derecho a la protección internacional. Bajo tal ángulo, parece que el legislador de 2009 haya querido compensar ese enfoque restrictivo con una cierta apertura solidaria hacia los programas de reasentamiento (Disposición adicional primera), como se indica en el Preámbulo de la Ley¹¹⁴¹.

Otro elemento que caracteriza a nuestro sistema de asilo, aparte del limitado número de solicitudes presentadas, es la baja tasa de concesiones reconocidas. De hecho, desde la entrada en vigor de la actual Ley de Asilo, el 2012 fue el año de menor número de concesiones del estatuto de refugiado, con sólo 220. También sufrió un importante descenso el número de concesiones de Protección Subsidiaria, con 289, y de Razones Humanitarias, con sólo 13¹¹⁴².

Este limitado número de concesiones requiere el análisis de dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, es destacable que la tasa de protección internacional reconocida en España está muy por debajo de nuestro potencial de acogida. No se puede olvidar que, a pesar de la crisis económica y de los altos índices de desempleo de los últimos años, España ocupa el puesto número decimotercero de países con mayor Producto Interior Bruto (PIB) del mundo, a precios nominales per capita, de acuerdo con los datos revelados por

¹¹⁴⁰ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, CEAR, *Op.cit.* p. 49. Como recuerda el Informe de CEAR de 2013, “los informes de FRONTEX, se constata que esta agencia presta mucha atención y energías al control de fronteras frente a las garantías del derecho de asilo. Cuando se analiza la información sobre fronteras exteriores, en concreto la que aborda la denominada “Ruta del Mediterráneo del Oeste”, se nombran los acuerdos entre Marruecos y Senegal para patrullar y controlar las fronteras y se hace especial mención a la coordinación con Mauritania, pero no se habla de medidas para garantizar el derecho de asilo a las personas necesitadas de protección que se encuentran en dichos países. Estos controles imposibilitan en la práctica la llegada de personas refugiadas.”

¹¹⁴¹ En efecto, en el Preámbulo se señala que en la parte final de la Ley “destaca como otra novedad en el ordenamiento español la habilitación al Gobierno de España para que lleve a cabo programas de reasentamiento en colaboración con el ACNUR y, en su caso, con otras Organizaciones Internacionales relevantes, con la finalidad de hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de pueblos de la tierra”.

¹¹⁴² COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, CEAR, *Op.cit.* p. 49.

el Fondo Monetario Internacional en 2013¹¹⁴³; y es el quinto Estado miembro de la Unión Europea con mayor PIB nominal, después de Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, de acuerdo con la Agencia Eurostat¹¹⁴⁴.

En segundo término, estos datos cuestionan el papel de España dentro del Sistema Europeo de Asilo Común y el verdadero compromiso de nuestra política de asilo con el principio de solidaridad entre Estados miembros. En el 2011, España solo reconoció el derecho de asilo a 335 personas, cifra muy lejana de las concesiones del estatuto de refugiado de otros países. Así, Alemania reconoció el derecho de asilo a 7.100 personas, el Reino Unido a 5.480, Bélgica a 3.810, Francia a 3.348, Austria a 2.480, Suecia a 2.335 e Italia a 1.805, de acuerdo con la Agencia Eurostat¹¹⁴⁵. Este contraste de números exige un ejercicio crítico de revisión respecto a la tasa de protección internacional ofrecida en España en relación con el reparto de responsabilidades que requiere el Sistema Europeo Común de Asilo, en cuanto proceso de integración y armonización a nivel de la Unión Europea.

Conviene recordar que el principio de solidaridad entre los Estados miembros es uno de los principios fundamentales que dota de sentido a la existencia de la Unión Europea y que rige el funcionamiento de todas las políticas que le competen, entre ellas, la política de asilo. El art. 67, en su segundo apartado, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consagra el principio de solidaridad en la política común de asilo estableciendo que: “se desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países”. El principio de solidaridad tiene como principal consecuencia el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros frente al número de solicitantes de protección internacional ante el Sistema Europeo Común de Asilo y frente a los recursos económicos que las concesiones implican.

¹¹⁴³FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. *World Economic Outlook* October 2012 Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/02/weodata/index.aspx>

¹¹⁴⁴ UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN. AGENCIA EUROSTAT. *National accounts and GDP* Disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/National_accounts_%E2%80%93_GDP

¹¹⁴⁵ UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN. AGENCIA EUROSTAT. *EU Member States granted protection to more than 100 000 asylum seekers in 2012*. News release. 96/2013 - 18 June 2013

El art.80 del TFUE, en este sentido, respecto al Capítulo II sobre Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, del Título V dedicado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, establece que: “las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio.” El Programa de Estocolmo, de diciembre de 2009, establece como base del Sistema Europeo Común de Asilo la solidaridad entre los Estados miembros subrayando que “debería promoverse la solidaridad con los Estados miembros que se enfrenten a presiones específicas, [...] mediante un planteamiento amplio y equilibrado, [...] desarrollando los mecanismos para distribuir de forma voluntaria y coordinada las responsabilidades entre los Estados miembros”.¹¹⁴⁶

A pesar de la habitual retórica comunitaria y de la falta de mecanismos concretos de implementación, que puedan facilitar un reparto efectivo y equitativo de responsabilidades dentro del Sistema Europeo Común de Asilo, no parece que España, a la luz del análisis de los datos de las solicitudes, persiga una política de asilo coherente con el principio de solidaridad impuesto por la Unión Europea y propugnado asimismo por el Preámbulo de la Constitución española, como por lo demás se señala –como se ha dicho– en el propio Preámbulo de la Ley 12/2009 al justificar la novedosa introducción de los programas de reasentamiento.

Otro elemento característico a destacar de nuestra política de asilo es que las solicitudes se presentan de forma dispar a nivel geográfico. Durante el año 2012, se formularon 1.841 peticiones en territorio nacional, 402 en puestos fronterizos, 160 en Centros de Internamientos de Extranjeros y 177 en Embajadas. Dentro de territorio nacional, Madrid es, por su calidad de frontera a través de Barajas y por la presencia de la OAR, el lugar en el que se presentaron mayor número de solicitudes: 1.282; seguida de Barcelona, con

¹¹⁴⁶UNIÓN EUROPEA. Programa de Estocolmo- *Una Europea abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*. (2010/C 115/01) P.6.2.2

200, de Ceuta, con 184, de Valencia, con 151 y de Vizcaya, con 62.¹¹⁴⁷ CEAR argumenta, en el citado informe 2013, como razón a esta disparidad que en aquellas ciudades en que existe representación de ONGs especializadas hay un mayor número de personas refugiadas que logran ejercer su derecho a *solicitar protección*; “*dada la relevancia para el ejercicio de este derecho de la formación para la detección de los casos y el acompañamiento de los profesionales especializados*”¹¹⁴⁸.

Por otra parte, respecto a las nacionalidades de los solicitantes, como subraya GARCÍA MAHAMUT, si en la década de los noventa la mayoría de solicitantes provenían de países como Rumania, Cuba, Liberia, Irán, Irak o Perú¹¹⁴⁹, en la actualidad el mapa de nacionalidades se va modificando en función de los nuevos dictados de la realidad internacional. Según datos recopilados por CEAR, en el año 2012, fueron 255 los solicitantes procedentes de Siria, 204 solicitantes de Nigeria, 202 de Argelia, 121 de Camerún, 106 de Costa de Marfil y 101 de Mali. Por debajo de 100 peticiones, y por el siguiente orden, Somalia, Pakistán, Palestina, República Democrática del Congo, Guinea, Cuba, Colombia, Irán y Marruecos.¹¹⁵⁰ A nivel de la Unión Europea, de acuerdo con la Agencia Eurostat, la relación de los países de donde proceden más solicitudes proceden es distinta: 28.015 solicitudes de Afganistán, 18.330 de Rusia, 15.700 de Pakistán, 15.170 de Irak y 13.980 de Serbia¹¹⁵¹.

Por último, para presentar un análisis completo de nuestra política de asilo en función con los datos estadísticos, sería pertinente poder estudiar la clasificación de solicitudes en relación con las causas de persecución que fundamentan la solicitud. Ninguna de las memorias publicadas por el Ministerio del Interior revelan datos oficiales respecto a la relación del número de solicitudes por causa de persecución: raza, religión, nacionalidad, opinión

¹¹⁴⁷ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Op.cit.* p.49 Como establece el Informe de 20113 de CEAR :”*cuando la OAR ofrece datos de solicitudes en embajadas, alude en realidad a las extensiones familiares del asilo que se han hecho a través de las mismas. Se trata de un mecanismo para que las personas refugiadas puedan extender la protección a sus familias, pero no quiere decir que exista la posibilidad de solicitar asilo por vía diplomática.*”

¹¹⁴⁸ *Ibidem.* p.49

¹¹⁴⁹ GARCÍA MAHAMUT, R. *Op.cit.* p.40

¹¹⁵⁰ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Op.cit.* p.50

¹¹⁵¹ UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN. AGENCIA EUROSTAR. Gráfica disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/images/7/75/Five_main_citizenships_of_%28non-EU-27%29_asylum_applicants%2C_2011_%28number%2C_rounded_figures%29.png

política o grupo social, encontrándose en esta última causa la edad, el género y la orientación sexual.

Con el objeto de arrojar luz sobre esta cuestión, y dada la relevancia de esta relación para el objeto de análisis, como parte de la labor de investigación del presente estudio se solicitó la colaboración a la Diputada por Madrid M^o Ángeles Álvarez Álvarez, perteneciente al Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, para que, al amparo del art.185 y siguientes del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, pudiera formular al Gobierno una pregunta parlamentaria sobre la materia. Como resultado, el 12 de junio de 2013 fueron admitidas las siguientes preguntas a trámite parlamentario¹¹⁵²:

- ¿Informa el Gobierno a través de algún canal sobre los derechos que asisten a las personas migrantes que sufren persecución en otros estados por su orientación sexual, identidad de género o como consecuencia de las leyes y costumbres discriminatorias hacia las mujeres (violencia de género)?
- ¿Tiene el Gobierno conocimiento de registros estadísticos, a nivel europeo, relacionados con el derecho de asilo por motivos de orientación sexual, identidad de género o violencia de género?¹¹⁵³

¹¹⁵² GRUPO PARLAMENTARIO DEL PSEO. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, A. Diputada por Madrid. Preguntas parlamentarias admitidas a trámite por la Mesa del Congreso el 12 de junio de 2013. 6-l-cct-56/ 6-l-cct-57

¹¹⁵³ Hasta la fecha de finalización del presente estudio aún no se ha recibido respuesta formal alguna. La Oficina de Asilo y Refugio no ha publicado tampoco dato estadístico alguno sobre la relación entre el número de solicitudes y las causas de persecución

CAPITULO IX. EL RECONOCIMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. El tratamiento de la orientación sexual y a la identidad de género en la Historia de nuestro ordenamiento jurídico

A pesar de que en la Península Ibérica, el trato social y jurídico de la sexualidad ha ido evolucionando con el devenir de los diversos pueblos, credos y culturas,¹¹⁵⁴ la limitada comprensión de la sexualidad de la tradición judeo-cristiana, sólo desde una función reproductora, lleva a la Iglesia en la Edad Media a considerar “*contra naturam*” las relaciones homosexuales. Como subraya MARTÍN SÁNCHEZ, en el primer período de la Historia de nuestro ordenamiento jurídico triunfa la condena eclesiástica de la homosexualidad, que llegará a convertirse en persecución y en condena penal. “El binomio Iglesia-Estado facilita la confusión entre delito y pecado”¹¹⁵⁵, provocando la imposición de una doble condena a la homosexuales: como pecadores ante el poder eclesiástico y como delincuentes ante el poder civil.

Esta doble condena queda recogida en la ley del rey Égica, del Libro III, título VI, ley V, del *Liber Iudiciorum* (642-649), que mandaba castrar a los sodomitas por la justicia civil y, después, entregarlos a los obispos para que los encarcelasen o les obligasen a hacer penitencia. También la Ley del rey Recesvinto, del libro III, título VI, ley VI, del *Liber Iudiciorum* establece una doble condena a los homosexuales: la castración, en jurisdicción civil, y la excomulgación, en jurisdicción eclesiástica, para cualquier hombre que hubiera cometido el *pecado sodomítico*.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁴ En el capítulo II del presente estudio se introducen los elementos que definen la regulación de las relaciones homosexuales en las antiguas civilizaciones, en el Derecho Romano y en las principales religiones monoteístas.

¹¹⁵⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, M. Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9, N.º. 1, 2011, p.251

¹¹⁵⁶ ALVENTOSA DEL RIO estima que: “en la misma época, el XVI Concilio de Toledo, celebrado en el año 693, condenó a los homosexuales eclesiásticos a la degradación, excomunión, decalvación y destierro después de haber recibido cien azotes en la espalda”. ALVENTOSA DEL RIO. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2008.p. 142

Conviene recordar que es una época de convivencia entre los visigodos cristianizados en el norte con la civilización musulmana en la parte meridional. Desde la llegada de los árabes, el tratamiento jurídico que se da a las relaciones homosexuales en la Península se fragmenta territorialmente. Mientras que los primeros reinos cristianos mantienen una postura condenatoria, aunque menos persecutoria que en épocas posteriores, la cultura árabe se muestra más tolerante y permisiva con las relaciones entre hombres del mismo sexo¹¹⁵⁷. Así, a pesar de que el Corán condena la homosexualidad (VII, 78,80 y XI,82), ésta es concebida como una práctica sexual permitida por la sociedad musulmana de la España medieval. Como destaca ARJONA, “la homosexualidad existió siempre en la España musulmana; al principio con un carácter clandestino, pero poco a poco con la relajación de costumbres llegó a ser en el periodo de los Taifas una cosa pública de la que nadie se recataba en pregonar pese a ser un tema rigurosamente condenado por el Islam”. En cualquier caso, la sexualidad de la mujer, en línea con su estatus social y jurídico, no es reconocida ya que en los pueblos árabes el único valorado era el varón, siendo considerada la mujer como una “carga improductiva”, como estima GARCÍA VALDÉS.¹¹⁵⁸

EL Fuero Juzgo, versión castellanizada del Liber Iudiciorum, conservó el carácter condenatorio ante la homosexualidad de las leyes visigodas. Las dos obras jurídicas fundamentales del reinado de Alfonso X, el Fuero Real, en 1255, y el Código de las Siete Partidas, en 1265, también condenan la homosexualidad. El Libro IV, del título IX, de la ley II del Fuero Real impone condena pública y pena de muerte. La Partida 7, en su título 21, también condena a los mayores de catorce años que cometan el pecado sodomítico. Destaca del Código de las Siete Partidas, en su versión de 1555, la glosa que establece que “las mujeres que cometan tal delito deben ser arrojadas al fuego”. Se trata de una de las escasas manifestaciones jurídicas de la homosexualidad femenina, de particular relevancia dada la escasa

¹¹⁵⁷MARTÍN SÁNCHEZ estima que el diferente tratado que se daba a la homosexualidad en la España medieval radica en el distinto grado de culturización entre los pueblos árabes y los cristianos: “los pueblos orientales eran los más cultos, con civilizaciones más avanzadas en todos los sentidos y, por ello, los más tolerantes religiosa y sexualmente; sin embargo, los pueblos occidentales, mucho más atrasados y menos cultos, eran también los más obcecados y menos tolerantes”. MARTÍN SÁNCHEZ, M. *Op.cit.*p.252

¹¹⁵⁸ GARCÍA VALDES, A. *Historia y presente de la homosexualidad*. Ed. Akal. 1981.p.35

trascendencia de la sexualidad de la mujer para nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁵⁹. A pesar de ello, la consideración de la homosexualidad femenina no alcanza la gravedad de la homosexualidad masculina, porque en esta última “se invierte más torpemente el *orden natural*, pues no es el varón quien debe *padecer* en tales actos sino la mujer, que no es apta para obrar como *principio activo*”.

Como abominable delito, como herejía y como crimen de lesa majestad se considera el *pecado nefando contra naturaleza* por una Pragmática de los Reyes Católicos, en 1497, dos siglos después, imponiéndose la pena de muerte en la hoguera y la confiscación de los bienes. En ella, los Reyes Católicos disponen que: “*la ley secular como la eclesiástica unan sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor del orden natural y por tanto punible por la justicia divina*”. La Inquisición persiguió principalmente a los homosexuales si estaban implicados en casos de herejía, castigando a pena de muerte a los mayores de 25 años y con pena de azote y galeras a los menores¹¹⁶⁰. PÉREZ CÁNOVAS destaca, en este sentido, que la Inquisición “fue más moderada en la aplicación de la pena de muerte a los sodomitas que los Tribunales estatales”¹¹⁶¹.

El tratamiento jurídico de la homosexualidad se complementó con una nueva Pragmática en 1598, de Felipe II, bajo la rúbrica: “De la forma cómo se ha de tener probado el pecado contra naturam”. En ella se facilita el procedimiento para poder probar y perseguir a la homosexualidad permitiendo que cualquiera pudiera denunciar a un sodomita ante el juez y estableciendo pena de muerte tanto para quien cometió el pecado como para quien lo consintiera, siendo mayores de 14 años. Esta misma legislación se recogió por la Nueva Recopilación de 1567 y por la Novísima Recopilación de 1805.

MARTÍN SÁNCHEZ estima que en los siglos XVI y XVII el delito más perseguido fue el de sodomía¹¹⁶². La doble consideración, penal y religiosa, provocó que llegase a ser considerada como la conducta más estigmatizada y odiada por la sociedad, hasta el punto de denominarse, como subrayó TOMAS

¹¹⁵⁹ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.*p.144

¹¹⁶⁰ *Ibidem.* p.145

¹¹⁶¹ PÉREZ CÁNOVAS .N *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996.. p.11

¹¹⁶² MARTÍN SÁNCHEZ, M. *Op.cit.* p. 254

Y VALIENTE, bajo el término de “el pecado”.¹¹⁶³ De hecho, en los Tribunales de Granada y Sevilla, junto con el Tribunal de la Casa de la Contratación, se instruyeron 175 casos de sodomía entre 1560 y 1699¹¹⁶⁴. Por su parte, el Tribunal Inquisitorial instruyó por sodomía 380 casos en Valencia, 791 en Zaragoza y 453 en Barcelona, entre 1450 y 1700.¹¹⁶⁵ También se han constatado casos de mujeres condenadas, en el mismo período, a “doscientos latigazos, al destierro perpetuo o a la hoguera en función de cómo se cometía el pecado”.¹¹⁶⁶

El fin del Antiguo Régimen, y la paulatina secularización de nuestro ordenamiento jurídico, supone la despenalización de la homosexualidad en España. El Código Penal de 1820, influido por el Código Penal francés de 1810, no contempla la sodomía como delito. El resto de Códigos Penales del siglo XIX, promulgados en 1848, 1850, 1860 y 1870, tampoco la criminalizan. Además, por Decreto de 1 de julio de 1835 de la reina María Cristina, se suprime el Tribunal de la Inquisición. En cualquier caso, como subrayan algunos autores, los Tribunales civiles siguen condenando las relaciones homosexuales reconduciéndolas a otros delitos, concretamente los de escándalo público y faltas contra la moral y las buenas costumbres.¹¹⁶⁷ Los Códigos Militares, por el contrario, mantienen tipificadas las conductas homosexuales.¹¹⁶⁸

En el Código Penal de 1928, durante la dictadura del General Primo de Rivera, las conductas homosexuales vuelven a criminalizarse; esta vez, no como tipos penales propios, sino como agravantes de los delitos de abusos deshonestos y de escándalo público. Así, el art. 69 del Código Penal de 1928 establece como pena de dos a doce años de prisión por abusos deshonestos entre personas del mismo sexo y el art 616 la multa de 1000 a 10000 pesetas y la inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años por actos

¹¹⁶³ TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*. Madrid, 1969. p.225

¹¹⁶⁴ HERRA PUGA, P. *Grandeza y miseria en Andalucía. Testimonio de una encrucijada histórica (1578-1616)* Granada, 1981.

¹¹⁶⁵ CARRASCO, R. *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas (1565-1785)* Barcelona, 1985.

¹¹⁶⁶ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.* p. 146

¹¹⁶⁷ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.* p.147.

¹¹⁶⁸ ESPAÑA. Código Penal del Ejército de 1884 y Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, en vigor hasta la promulgación del Código de Justicia Militar de 1845, que unificó la justicia militar de los tres Ejércitos.

habituales o con escándalo, contra el pudor de una persona del mismo sexo¹¹⁶⁹. El Código Penal de 1932, en la II República, despenaliza definitivamente la homosexualidad.

La dictadura del General Franco, sin embargo, supone una época de fuerte represión de la homosexualidad. Aunque no es objeto de delito en el Código Penal, sí se penaliza la homosexualidad a través de leyes especiales como la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, reformada por Ley de 15 de julio de 1954. En el art. 6, núm.20, de la ley se dispone que: “A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguiente: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales, y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados”. Además, el art.2, num.2, de la norma califica de sujetos peligrosos a los homosexuales junto a los proxenetas y rufianes.

La ley de Vagos y Maleantes es sustituida por la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970.¹¹⁷⁰ En ella se incluyen a los mayores de 16 años que realicen actos de homosexualidad (arts. 1 y 2.2, núm. 3º), y a los que ejerzan habitualmente la prostitución (art. 2.2, num. 4º). De acuerdo con el art. 6, núm.3º, las medidas de seguridad que se les imponen tanto a los que realicen actos de homosexualidad como a los que ejerzan la prostitución son el internamiento en un establecimiento de reeducación y la prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos

¹¹⁶⁹ ESPAÑA. Código Penal de 1928. Art.69: “cuando tuviere lugar entre personas del mismo sexo del culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión”. Art 616: “el que habitualmente o con escándalo, cometiese actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo, será castigado con multa de 1000 a 10000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años”.

¹¹⁷⁰ De acuerdo con ALVENTOSA DEL RIO, “dicha Ley se aplicó tanto a la que se calificaba de homosexualidad congénita o de inversión natural y a la que se calificaba de patológica, pervertida y viciosa” La jurisprudencia del Tribunal estima que la Ley: “atiende a la práctica de actos y a la peligrosidad del sujeto y no a la causa que lo motiva, aunque a efectos de tratamiento de la medida de seguridad, individualizándolo, para hacerlo más efectivo (...) se produce (...) el conocimiento de su género a efectos de tratamiento rehabilitado” (S. de la Audiencia de Peligrosidad de Madrid de 5 de febrero de 1972). ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.* p. 152.

lugares o establecimientos públicos, así como la sumisión a la vigilancia de los delegados¹¹⁷¹.

En todo caso, los Tribunales siguen condenando las conductas homosexuales mediante la aplicación del art.431 del Código Penal que, a pesar de no recoger explícitamente la homosexualidad, se expresa en los siguientes términos: “El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 5000 a 25000 pesetas e inhabilitación especial.- Si el ofendido fuere menor de veintiún años, se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo».

Fue necesaria la interpretación posterior del Tribunal Supremo para concretar la aplicación del art.431 del Código Penal en los supuestos de conductas homosexuales. La STS de 15 de octubre de 1951 considera la homosexualidad como “un vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino”. La STS de 7 de marzo de 1963 estima los actos homosexuales de escándalo público como “altamente ofensivos al pudor y a las buenas costumbres, y atentatorios a la moral, fundamento de la familia y de la sociedad”. Para el Tribunal Supremo la característica fundamental del delito era “su propia naturaleza escandalosa, es decir,[...] la grave perturbación que el mismo produce en la conciencia de que o quienes lo conozca, y por muy reducido que se su número” (STS 30 de noviembre de 1953). De este modo, partiendo de la aplicación del art.431 del Código Penal, “la jurisprudencia crea un nuevo tipo específico que castigaba las conductas homosexuales”, como estima PÉREZ CÁNOVAS¹¹⁷².

En cualquier caso, como observa ALVENTOSA DEL RIO, “ninguna sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la homosexualidad femenina”¹¹⁷³. De nuevo, las lesbianas son invisibles para nuestro ordenamiento jurídico, a consecuencia de la profunda discriminación por razón de género que ha lastrado nuestra sociedad durante siglos y de la que, desafortunadamente, aún no se ha liberado. MARTÍN SÁNCHEZ entiende que “la homosexualidad

¹¹⁷¹ Los arts 8 y 9. de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, por su parte, establecen que la competencia para juzgar el estado de peligrosidad le corresponde a los Juzgados ordinarios, creándose Salas especiales para conocer el recurso de apelación.

¹¹⁷² PÉREZ CÁNOVAS, N. *Op.cit.* p.22

¹¹⁷³ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.*p.154

femenina, a diferencia de la masculina, ha sido prácticamente ignorada básicamente por un motivo: la falta de reconocimiento de la sexualidad propia a las mujeres”¹¹⁷⁴.

2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Constitución Española de 1978.

La promulgación de nuestra Constitución en 1978 supuso el fin de una larga época de persecución y represión por la orientación sexual o la identidad de género de las personas y el cambio de paradigma hacia una sociedad igualitaria y garantista de los derechos humanos. Fue la consagración de la igualdad de todos los españoles, como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, el motor que permitió el progresivo reconocimiento de la subjetividad jurídica de las personas LGBTI en cuanto susceptibles de protección jurídica frente a la vulneración de sus derechos fundamentales. En palabras de BAÑO LEÓN: “lo que la idea originaria de la igualdad presupone es que las leyes se apliquen a todos, sin que las circunstancias personales puedan ser bastión de privilegio alguno, y esto sólo es posible cuando la ley es producto de una voluntad general libremente expresada”¹¹⁷⁵

En este sentido, partiendo de la premisa fundamental, como destaca VIDAL MARTÍNEZ, de que nuestra Carta magna sitúa a la persona en el vértice del ordenamiento jurídico español¹¹⁷⁶, la sexualidad, en cuanto elemento esencial de la personalidad, no podía permanecer como fuente de discriminación, persecución y estigmatización en nuestra sociedad. El propio Preámbulo de la Constitución española declara que: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:[...]Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos [...]Establecer una sociedad democrática avanzada,[...]” Estos fines

¹¹⁷⁴ MARTÍN SÁNCHEZ, M. *Op.cit.* p.257

¹¹⁷⁵ BAÑO LEÓN, J.M. “La igualdad como derecho público subjetivo”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 114. Septiembre-diciembre 1987.p.179

¹¹⁷⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J. “Algunas observaciones sobre el concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art 10. 1 de la Constitución Española)”, *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1990. Págs., 5297-5310.

constitucionales de consolidar la sociedad española como una sociedad garantista de los derechos humanos de todos los españoles y como una sociedad democrática avanzada requiere el necesario reconocimiento de las personas LGBTI, parte integrante de la comunidad española¹¹⁷⁷, como sujetos susceptibles de protección jurídico-constitucional.

Una protección jurídico-constitucional que reside, principalmente, sobre la igualdad configurada como valor, como principio fundamental y como derecho subjetivo, a través de la pluralidad de sus manifestaciones normativas en el texto constitucional. De hecho, como subraya FREIXES SANJUAN, “la igualdad, la no discriminación y la promoción de condiciones para conseguir la efectividad de la igualdad, así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten, se regulan en la Constitución en distintos artículos, con distinta estructura jurídica, función constitucional, condiciones de ejercicio, garantías y limitaciones”¹¹⁷⁸. Por todo ello, para la comprensión del tratamiento jurídico actual de la orientación sexual y de la identidad de género, se hace necesario examinar el alcance y el contenido de la protección que nuestra Constitución ofrece a través del derecho a la igualdad y a la no discriminación, tanto en su vertiente formal como en su vertiente material.

2.1. La igualdad formal y el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El art.1.1 CE. consagra la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, al establecer que “España se constituye en un Estado social democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Esta configuración de la igualdad como valor jurídico impregna tanto la elaboración, la aplicación como la interpretación de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, al establecer la igualdad como valor superior, la Constitución no excluye su carácter de principio general

¹¹⁷⁷ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.* p.156.

¹¹⁷⁸ FREIXES SANJUAN, T. “Las leyes de igualdad en el marco europeo”. *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Año 4, Nº. 3, 2006 p. 160.

del ordenamiento constitucional, como destaca PAREJA ALFONSO¹¹⁷⁹, ni su carácter de “totalidad” frente a otros principios que “tan sólo se refieren a aspectos o parcelas del ordenamiento”, como destacó PECES BARBA en su estudio sobre los valores superiores.¹¹⁸⁰

La perspectiva formal de la igualdad la encontramos en el art.14 CE por el que se establece la igualdad como derecho subjetivo fundamental cuyo contenido esencial es la no discriminación por los motivos en él enumerados. Situado sistemáticamente en el Capítulo II del Título I referido a los “Derechos y libertades” de los españoles, el precepto establece que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este sentido, la igualdad se presenta, más que como un valor superior o como un efecto reflejo, como destacaría JELLINEK¹¹⁸¹, como un verdadero derecho subjetivo, en cuanto, como estimó DE CASTRO, supone “la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”.¹¹⁸²

El estudio del art.14 suscita dos cuestiones fundamentales: la posible extensión del ámbito objetivo de protección del derecho a los motivos de orientación sexual e identidad de género, por una parte, y la naturaleza de los actos constitutivos de discriminación objeto de protección, por otra.

En primer lugar, conviene subrayar que las causas recogidas en el art.14 no configuran un listado *numerus clausus* de motivos de discriminación. Se trata más bien de una enumeración abierta a otros motivos como pueden ser la edad, la discapacidad, la orientación sexual o la identidad de género. Así lo ha entendido la doctrina constitucionalista¹¹⁸³ y el propio Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, como en la STC 2 de julio de 1981 en la que destacó que el citado precepto no puede entenderse como “una intención

¹¹⁷⁹ PAREJA ALFONSO. *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 67 y ss.

¹¹⁸⁰ PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p.39

¹¹⁸¹ JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichts Rechte*. Segunda ed., Mohr, Tübingen, 1905, p.135.

¹¹⁸² DE CASTRO. *Derecho Civil en España*, tomo I, IEP, Madrid, 1949. Edición facsímil. Civitas, Madrid, 1984, p.572

¹¹⁸³ PÉREZ CANOVAS, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996. págs.-63-65.

tipificadora cerrada que excluyera cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier condición o circunstancia personal o social”.

Tanto la identidad de género como la orientación sexual son motivos susceptibles de protección jurídica en nuestro ordenamiento jurídico a través de la cláusula genérica final del art. 14 CE que prohíbe la discriminación por razón de las *condiciones y circunstancias personales y sociales*.

El Tribunal Constitucional, respecto a la identidad de género, ha entendido en la Sentencia 176/2008 que “no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE. a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos — en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminada, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género”. La Sentencia fundamenta la protección jurídica de la identidad de género bajo la cláusula de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, estimando que “la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE. el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE., por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas”.

La identidad de género, como *condición o circunstancia personal*, debe entenderse a partir de un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo¹¹⁸⁴. La construcción jurídica de la identidad de género abarca tanto la protección de las personas transexuales operadas como de aquellas que, por el ejercicio de su libertad, por razones médicas o por falta de recursos, deciden no someterse al tratamiento médico o quirúrgico de reasignación de género. Además, la interdicción del art.14 CE engloba también la discriminación por

¹¹⁸⁴ Es por ello que la lucha por la no discriminación por razón del género, como argumenta BELL, debe implicar en sí misma la deconstrucción de las normas sociales y jurídicas vinculadas a la concepción tradicional del género para poder así incluir la protección de aquellos cuya voluntad trascienda los límites estrictos del género binario prefiriendo vivir su identidad de género de una forma más libre y fluida o, incluso, de forma independiente al género rechazando cualquier tipo de categorización normativa. BELL.M. “Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law”. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60. 2012. p. 135.

motivo de *expresión de género*, que incluye la discriminación tanto por razón de la vestimenta, por la manera de hablar como por los modales de la persona con independencia de su sexo. En cualquier caso, también debe garantizarse la protección de aquellas personas intersexuales que nacen con caracteres biológicos pertenecientes a ambas categorías sexuales¹¹⁸⁵.

En este sentido, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género de 2007¹¹⁸⁶ entienden, desde una óptica más amplia, la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Respecto a la orientación sexual, ésta también encuentra protección en cuanto *condición o circunstancia personal*, según lo establecido en el art.14 CE. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la STC 41/2006 por la que concedió el amparo a un empleado de la compañía aérea Alitalia despedido por motivo de su orientación sexual. En ella el Tribunal entiende la orientación sexual como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio estimando que: “la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de

¹¹⁸⁵ Como denuncia el Informe del antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa titulado Derechos Humanos e Identidad de Género de 2009,¹¹⁸⁵ “muchos marcos legales en Europa parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad [...] entre las que se incluyen a cross-dresser, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de “hombre” o “mujer”. CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos*. para. 3.6.

¹¹⁸⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf p.6

la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría”.

La orientación sexual es uno de los elementos más íntimos y al mismo tiempo más vitales de la personalidad¹¹⁸⁷. Ninguna persona puede ser discriminada por motivo de su orientación sexual y ninguna persona puede ser obligada a revelar o compartir su orientación sexual en contra de su voluntad. Los citados Principios de Yogyakarta definen el concepto de orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.¹¹⁸⁸ Por tanto, la protección jurídico-constitucional de la orientación sexual debe extenderse a los tres elementos principales que la definen: la preferencia, el comportamiento y la vinculación con otras personas, tanto a nivel afectivo como erótico.¹¹⁸⁹ Cada uno de estos tres elementos; el preferencial, el conductual y el relacional, de la orientación sexual, han sido reconocidos como susceptibles de protección jurídica por la extensa jurisprudencia que sobre el tema ha dictaminado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, centrada principalmente en el derecho al respeto a la vida privada y familiar regulado en el art. 8 CEDH¹¹⁹⁰.

En otro orden de ideas, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fundamente el reconocimiento de la tutela jurídica de la orientación sexual y de la identidad de género en su consideración de *condiciones o circunstancias particulares o sociales*, también podría fundamentarse en la consideración de discriminación por razón del sexo, motivo explícito del art.14, partiendo de los siguientes argumentos:

¹¹⁸⁷ WAALDIJK, C. y BONINI-BARALDI, M.T. *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive* The Hague: T.M.C. Asser Press. (2006).p.213.

¹¹⁸⁸ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Estadística de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*. Mayo 2013. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/survey/2012/eu-lgbt-survey>

¹¹⁸⁹ WAALDIJK, C. y BONINI-BARALDI, M.T. *op.cit.* p.214. En la mayoría de los Estados miembros el concepto de orientación sexual incluido en el marco jurídico de la UE parece interpretarse no solo en base a la preferencia sexual sino también al comportamiento y a las relaciones (entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto).

¹¹⁹⁰ RUIZ-RISUEÑO MONTOYA. “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. N°17.

- En primer lugar, la protección jurídica de la identidad de género bajo el principio de no discriminación por razón del sexo ha tenido un amplio reconocimiento en la jurisprudencia de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó por primera vez la cuestión de la discriminación por motivo de identidad de género en 1996, en el asunto de *P.contra S. y Cornwall County Council*.¹¹⁹¹ En este caso el Tribunal de Luxemburgo, rechazando el razonamiento de la parte contraria, del gobierno del Reino Unido e, incluso, de la propia Comisión, entendió que el despido de una mujer transexual, que había pasado por el tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo, vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo establecido en la Directiva de 1976 de Igualdad de Trato¹¹⁹². Mayor controversia doctrinal ha generado, sin embargo, la posible inclusión del motivo de orientación sexual en el derecho a la no discriminación por razón del sexo. En 1998, en el asunto *Grant v. South-West Trains*, por el que una trabajadora de una empresa de trenes solicitaba la extensión de los beneficios de viaje libre de costes a su pareja del mismo sexo. El Tribunal de Luxemburgo estimó que no existía discriminación por razón de sexo, la única que podría en esa fecha ser aplicada prohibida en la Directiva de Igualdad de Trato de 1976.¹¹⁹³
- En segundo lugar, de acuerdo con el Derecho Internacional Público, destaca la interpretación que del artículo 26 del Pacto

¹¹⁹¹ Dos casos más permitieron al Tribunal de Luxemburgo consolidar la no discriminación por motivo de identidad de género en base al principio de igualdad de trato por razón del sexo¹¹⁹¹. En 2004, en el caso *KB contra NHS Trust Pension* el Tribunal reconoció el derecho de una mujer británica pareja de un hombre transexual el derecho a cobrar la pensión correspondiente llegado el momento del fallecimiento de éste¹¹⁹¹. En 2006, en el caso *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, gracias a la demanda de una mujer transexual a la que se le exigía la edad de jubilación correspondiente a los hombres, de 65 años, en vez de la de 60 años prevista para las mujeres, el Tribunal entendió que esta diferenciación era en sí misma discriminatoria y que, por tanto, era contraria al principio de no igualdad de trato aplicable a las condiciones laborales de acuerdo con la normativa de la UE.

¹¹⁹² La discriminación por razón de sexo tiene su origen en la génesis misma de la UE. El Tratado de 1957 por el que se establecía la Comunidad Económica Europea ya obligó a los Estados miembros a garantizar la igualdad en las condiciones salariales entre mujeres y hombres¹¹⁹². En 1976, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, supuso un paso histórico en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea al prohibir la discriminación por razón de sexo en el contexto laboral.

¹¹⁹³ El análisis de la jurisprudencia de la Unión Europea sobre la materia se presenta en el capítulo III del presente estudio.

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 realizó el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso *Toonen v. Australia* en 1994. En este caso, por el que el sr. Toonen, líder de la comunidad LGBTI, cuestionó diferentes preceptos de la legislación penal del estado de Tasmania, el Comité de Derechos Humanos estimó que la prohibición de discriminación por razón de sexo, establecida en el mencionado precepto, incluía la prohibición de discriminar por motivo de orientación sexual¹¹⁹⁴. Resulta conveniente recordar que de acuerdo con el art.10.2 CE.: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” y, por tanto, la interpretación del art.14 no puede olvidar el art.26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 del que España es Parte.

- Por último, se puede argumentar que la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género está íntimamente vinculada a la discriminación por razón de sexo, como consecuencia directa de los parámetros actuales de una sociedad patriarcal que conduce a una comprensión heteronormativa de los roles sociales y familiares del hombre y de la mujer. En este sentido, como ha destacado SALAZAR BENÍTEZ: “el mantenimiento del orden patriarcal ha determinado la posición de hombres y mujeres en el contrato social, posición sustentada sobre la previa de ambos en el *contrato sexual* que durante siglos ha avalado una diferenciación jerárquica no sólo por razón del sexo sino también en función de la orientación sexual de los individuos”¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁴ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). El art. 26 del PIDCP establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹⁹⁵ SALAZAR BENÍTEZ, O. *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*, Dykinson, Madrid, 2013. págs. 239-248.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha entendido incluidos en la interdicción del art.14 los motivos de identidad de género y de orientación sexual. Dos sentencias recientes consolidan esta doctrina jurisprudencial: la Sentencia 41/2013, de 14 de febrero de 2013, respecto a la no discriminación en el derecho a causar la pensión de viudedad, y la STC 198/2012, de 6 de noviembre, respecto a la constitucionalidad de la Ley 13/2005, modificadora del Código Civil, que permite la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En la Sentencia 41/2013, de 14 de febrero de 2013, el Tribunal entiende que el requisito de haber tenido hijos comunes para causar derecho a pensión de viudedad establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, constituye una vulneración del art.14: “pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, [...] sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes”.

Sin embargo, no fue el derecho a la igualdad del art.14 el foco de los *obiter dicta* que utilizó el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 72 diputados del Partido Popular, contra la reforma del Código Civil, operada mediante la Ley 13/2005, que permite la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. En ella, el Tribunal estima que la modificación civil es plenamente constitucional siguiendo una interpretación evolutiva de la Constitución, refiriéndose al art. 14 como un mero valor jurídico y no como un derecho en sí mismo que justificaría la constitucionalidad de la Ley impugnada. La doctrina constitucionalista, aunque abraza el resultado de la Sentencia, no entiende la falta de fundamentación de la constitucionalidad de la norma sobre la igualdad concebida como derecho subjetivo de acuerdo a lo establecido en el art.14 CE.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁶ Véase ARROYO GIL. A. De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio”. SALAZAR BENÍTEZ, “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la

Respecto a los tipos de discriminación, la interdicción del mencionado precepto constitucional abarca tanto la prohibición de los actos discriminatorios directos como de los indirectos. Por discriminación directa se entienden los supuestos en los que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Por discriminación indirecta se entiende aquellos supuestos en los que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una orientación sexual o identidad de género determinadas, respecto de otras personas. De acuerdo con PÉREZ DEL RÍO, la prohibición de la discriminación indirecta supone un claro avance para la consecución de una interpretación del principio de igualdad más próxima a la igualdad esencial o real entre las personas.¹¹⁹⁷ Así pues, deben entenderse prohibidas la discriminación directa y la indirecta por motivos de orientación sexual e identidad de género. Siguiendo a REY MARTÍNEZ, “el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría el efecto típico de la igualdad de trato con sus dos corolarios: la prohibición de discriminación directa, es decir, tratamiento jurídico diferente y peor trato por razón de la homosexualidad, y de discriminación indirecta, en cuanto impactan negativamente sobre la minoría homosexual”.¹¹⁹⁸

En este sentido, destaca la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se incorpora la transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y que prohíbe tanto los supuestos de discriminación directa como aquellos de discriminación indirecta por motivo, entre otros, de la orientación sexual. Además, en la citada norma se establece la inversión de la carga de la

afectividad y sexualidad”. REY MARTÍNEZ, F. “Sentido y alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual”. Incluidos los tres artículos en el Monográfico El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17.

¹¹⁹⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: “Transversalidad de género y positivases en el ámbito comunitario”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*. Nº 13, 2005. p .38

¹¹⁹⁸ REY MARTÍNEZ, F. *Op.cit*.p.15

prueba, correspondiéndole a la parte demandada y no al discriminado por su orientación sexual en el ámbito laboral.¹¹⁹⁹

Por otra parte, la propuesta de Directiva sobre igualdad de trato fuera del ámbito laboral, presentada por la Comisión en 2008 y aún en negociaciones en el seno del Consejo, abarca tanto los supuestos de discriminación directa como aquellos de discriminación indirecta por motivo, entre otros, de orientación sexual. También en ella se invierte la carga de la prueba al demandado en los ámbitos de protección social, como la seguridad social y la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda.

2.2. La igualdad material frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

La voluntad del constituyente de alcanzar la igualdad material, sustantiva, real y efectiva se manifiesta en el art.9.2 CE., según el cual: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Tanto el artículo 14 como el 9.2 CE., igual que todos y cada uno de los preceptos constitucionales, vinculan, en virtud de lo establecido en el art.9.1. CE., a todos los ciudadanos y a los poderes públicos. Además, de acuerdo con el art 53,1: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).”

Por lo tanto, en función de lo establecido en estos preceptos constitucionales, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos

¹¹⁹⁹ De acuerdo con la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, perjudicado tendrá que alegar ante un tribunal, u otro órgano competente, los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el ámbito laboral por motivo de orientación sexual, siendo obligación del demandado refutar la presunción y probar que dicha discriminación no ha tenido lugar.

al derecho de igualdad y de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en la anteriormente citada Sentencia 41/2006 de 13 de febrero. Además, corresponde a los poderes públicos; legislativo, ejecutivo y judicial, promover la igualdad efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En esta línea, los poderes públicos tienen la obligación de luchar contra la discriminación y la exclusión social por motivos de orientación sexual e identidad de género. Es en el marco de la igualdad como valor superior, como principio constitucional y como derecho subjetivo en el que se debe desarrollar toda la legislación de nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad jurídica opera, como ha estimado JIMÉNEZ CAMPO, como *límite frente al legislador*.¹²⁰⁰ En caso de vulneración de la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual o identidad de género, cualquier norma podría impugnarse vía recurso de inconstitucionalidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 161 y siguientes de la Constitución española.

2.3. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas como fundamentos de la protección jurídico-constitucional de las personas LGBTI

La igualdad de las personas LGBTI está íntimamente ligada a dos aspectos fundamentales de su protección jurídico-constitucional: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona. En este sentido, el art.10.1 CE. dispone que: “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. En esta línea, en la doctrina constitucionalista se ha destacado que la positivación constitución de la noción de dignidad tiene “la finalidad ineludible de optimizar las potencialidades de la persona, y esto en un doble sentido: en el sentido de su relación con los demás, y en relación a la existencia de la propia persona en su relación consigo mismo. Dese esta perspectiva, la realización de estos objetivos derivan en dos obligaciones genéricas

¹²⁰⁰ JIMÉNEZ CAMPO, J. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 3. Núm.9. Septiembre-diciembre 1983. p.79

elementales del Estado constitucional: por un lado, la consecución de la garantía de los derechos fundamentales y la seguridad personal. Por otro lado, la instauración paulatina de mayores grados de implementación de los derechos sociales”¹²⁰¹.

La defensa del *libre desarrollo de la sexualidad*, como elemento esencial de la personalidad, es la base para la conquista de la igualdad real y efectiva de todas las personas con independencia de su orientación sexual e identidad de género. En palabras de SALAZAR BENÍTEZ: “es en el concepto de libre desarrollo de la personalidad donde hallamos la clave constitucional para entender la afectividad y la sexualidad como elementos de la identidad individual y, por tanto, como derechos que merecen protección jurídica y reconocimiento social.”¹²⁰²

Por tanto, el marco jurídico-constitucional de la orientación sexual y de la identidad de género se asienta, por una parte, sobre la igualdad entendida como un derecho subjetivo que incluye la prohibición de discriminar y, por otra, sobre el libre desarrollo de la personalidad que faculta a las personas para que, en el ejercicio de su autonomía, puedan elegir libremente la forma de vivir, desarrollar y expresar su sexualidad.

En cualquier caso, la protección jurídico-constitucional de las personas LGBTI se consolida sobre la dignidad de la persona establecida como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1. CE. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la dignidad y ha confirmado su carácter troncal respecto de los demás derechos y libertades. Así, en la STC 53/1985, de 11 de abril, estimó que la dignidad es un “valor espiritual y moral inherente a la persona, que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un mínimo vulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.

Concibiendo la dignidad, como estima GONZÁLEZ PÉREZ, como “un rango, una categoría, una cualidad inherente a la persona”, se puede afirmar que todas las personas son iguales en dignidad. Al mismo tiempo, es la dignidad de

¹²⁰¹ OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 148-149.

¹²⁰² SALAZAR BENÍTEZ, O. “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre” *Op.cit. Revista General de Derecho Constitucional*. Nº 17.2013. p.21.

cada persona el sustento para el reconocimiento de su naturaleza y de la libertad para vivir de acuerdo a ella. De acuerdo con GÓMEZ SÁNCHEZ, “el reconocimiento de la dignidad humana obliga, pues, a tratar a todo ser humano de acuerdo con su propia naturaleza y cualquiera que fuera la naturaleza de su comportamiento”¹²⁰³. En este sentido, la dignidad de la persona constituye un fundamento esencial en la tutela de las personas LGBTI en cuanto la sexualidad y el género son elementos esenciales de la naturaleza de la persona.

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, fundamentando la consideración de la orientación sexual y de la identidad de género como *condiciones o circunstancias personales o sociales* susceptibles de protección de la interdicción de discriminación del art.14 sobre la dignidad de la persona reconocida en el art.10.1.CE. De este modo, en la Sentencia 41/2006 estima que la orientación sexual “comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, *en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE*, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría”. En los mismos términos se ha expresado el Tribunal Constitucional en relación con la identidad de género en la Sentencia 176/2008¹²⁰⁴.

¹²⁰³GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Dignidad y ordenamiento comunitario”. *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº4, julio-diciembre de 2005, p.222

¹²⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008: “La transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas”.

3. Desarrollo normativo del derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Como subraya ALVENTOSA DEL RIO: “el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI no se realizó de forma automática tras la publicación de la Constitución española”.¹²⁰⁵ Tres son los principales factores que han propiciado la paulatina integración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico: la obra legislativa de la Unión Europea, la legislación autonómica y las fuertes reivindicaciones del movimiento asociativo. Gracias a ellos, y de forma progresiva, nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado modificaciones para ofrecer una protección efectiva a las personas LGBTI y para garantizar la igualdad de derechos en los ámbitos penal, civil y laboral.

3.1. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito penal.

En el ámbito penal, la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento ¹²⁰⁶excluyó a los homosexuales de su ámbito de aplicación, art. 1.1.a). No obstante, como ha destacado ALVENTOSA DEL RIO, “el Tribunal Supremo durante toda la década de los ochenta siguió condenando conductas homosexuales por vía del delito de escándalo público recogido en el art.431 del Código Penal”¹²⁰⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso después de la promulgación de la Constitución Española, fundamentaba la aplicación del art. 431 a través de “juicios y expresiones homofóbicos”, como subraya PÉREZ CANOVAS¹²⁰⁸. El Tribunal Supremo siguió calificando las relaciones homosexuales como “relaciones aberrantes” (Ss. TS de 9 y 13 de octubre de 1981), “actos de

¹²⁰⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J. *Op.cit.* p.160

¹²⁰⁶ ESPAÑA. Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento (BOE, 11 de enero de 1979, núm 10)

¹²⁰⁷ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.* p.174

¹²⁰⁸ PÉREZ CANOVAS, N. *Op.cit.* pp.66-72

perversión sexual” (STS 13 de octubre de 1981), “actos contra natura”, “práctica obscena”, actos que tienden a “la desviada excitación del instinto sexual” (STS de 14 de julio de 1982).¹²⁰⁹ Destaca la STS de 15 de noviembre de 1991 en la que, ya en la década de los noventa, el Tribunal Supremo estimó en un supuesto de robo con violencia por parte de un homosexual que ejercía la prostitución que: “la fuente de la supuesta obligación no sólo es un hecho contra las buenas costumbres y la moral, sino, además, *contra natura*”. El delito de escándalo público del art.431 fue suprimido por la reforma del Código penal por Ley Orgánica de 9 de junio de 1988.

Pero el cambio de paradigma tuvo lugar gracias a la reforma del Código penal por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995. A partir de esta nueva regulación penal las personas LGBTI dejarán de ser condenadas y perseguidas a ser objeto de protección jurídica a través de diferentes preceptos. Así, los arts. 510 a 512, incluyen la orientación sexual como objeto de protección dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas¹²¹⁰. El art. 314 condena los actos de discriminación por motivo de orientación sexual en el ámbito laboral y el art. 22, en su apartado 4º, contempla como circunstancia agravante la comisión del delito por motivo de la orientación sexual. De este modo, con esta nueva regulación penal, “en las antípodas de la anterior legislación penal”¹²¹¹, se materializa la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual y se garantiza la protección jurídica de las personas LGBTI.

Respecto a la identidad de género conviene recordar que hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Código Penal, la esterilización y la cirugía de reasignación sexo estaban penalizadas en nuestro ordenamiento jurídico¹²¹². El actual art.156, tras la reforma operada por la Ley Orgánica

¹²⁰⁹ ALVENTOSA DEL RIO, J, *Op.cit.* p.174

¹²¹⁰ CÓDIGO PENAL. Reforma operada por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995. BOE num. 281. Los arts. 510 a 512 situados sistemáticamente en el Libro II (Delitos y sus penas), Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo IV (De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), Sección 1ª (De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución). En ellos se incluye la discriminación por la orientación

¹²¹¹ ALVENTOSA DEL RIO, J. *Op.cit.*.p.179.

¹²¹² CODIGO PENAL. Ley Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Código Penal, BOE nº152. El Preámbulo considera de urgencia introducir un nuevo párrafo al artículo 428 del vigente, de forma que, el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativos.

10/1995, de 23 de noviembre, dispone que: “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido de forma viciada, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”. De este modo quedó despenalizada la reasignación de sexo, tan relevante para aquellas personas condenadas a vivir en un cuerpo no deseado¹²¹³.

3.2. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito civil.

El reconocimiento jurídico de la orientación sexual y la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico ha generado modificaciones legislativas de suma relevancia en el ámbito civil. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, supuso la equiparación en derechos civiles entre las personas, con independencia de su orientación sexual, y el fin de la exclusión de las personas LGBTI de relaciones civiles de naturaleza familiar tan fundamentales para la persona como el matrimonio o la adopción.

Las reivindicaciones del movimiento asociativo han supuesto el principal motor para la paulatina aceptación social de las nuevas realidades familiares y para el progresivo reconocimiento de las mismas en nuestro ordenamiento jurídico. La primera solicitud para la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo tuvo lugar en 1988, siendo rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado argumentando que “el matrimonio ha sido

¹²¹³ Véase ELVIRA PERALES, A. “Transexualidad y Derechos”. *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17, octubre 2013. PÉREZ CANOVAS, N. “Transexualidad y Matrimonio”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 5-2002. GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C, “Transexualidad”. *Actualidad civil*. 2004

siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial”.¹²¹⁴

La primera Ley civil que otorga efectos jurídicos civiles a las parejas formadas por personas del mismo sexo es la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. En ella, el art.16 permite la subrogación del contrato *mortis causa* cuando “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con *independencia de su orientación sexual*, durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

Pero, sin duda alguna, la labor legislativa de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la potestad para desarrollar normativa civil establecida en el art. 149.1.8º CE, supuso el paso fundamental para el reconocimiento de los efectos civiles de las parejas formadas por personas del mismo sexo a través de sus respectivas leyes de parejas de hecho. A la primera Ley 10/1998 de 15 julio, de uniones estables de pareja en Cataluña, le siguieron la Ley 6/1999 de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, en Aragón, la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en Navarra; la Ley 1/2001 de 6 de abril, por la que se regula las uniones de hecho, en la Comunidad Valenciana; la Ley 18/2001 de 19 de diciembre, de parejas estables, en Baleares; la Ley 11/2001 de 19 de diciembre, de uniones de hecho, en Madrid, la Ley 4/2002 de 23 de mayo, de parejas de hecho, en el Principado de Asturias, la Ley 5/2003 de 23 de mayo, de parejas estables, en Canarias; la Ley 5/2002 de 6 de diciembre, de parejas de hecho, en Andalucía, la Ley 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho, en Canarias; la Ley 5/2003 de 20 de marzo, de parejas de hecho, en Extremadura; la Ley 2/2003 de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, en el País Vasco; y la Ley 1/2005 de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, en Cantabria.¹²¹⁵

¹²¹⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Resolución de 21 de enero de 1988.

¹²¹⁵ En el Derecho civil de Galicia, las parejas de hecho quedan reguladas en la Disposición Adicional Tercera, redactada por el artículo único de la Ley 10/2007 de 28 junio, de reforma de dicha disposición de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, supuso el paso definitivo para la consecución de la igualdad en materia derechos civiles. El contenido de la Ley incide principalmente en la modificación de dos textos legales: el Código civil y la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957. De este modo, se modifica el régimen jurídico de la relación conyugal, tanto en los aspectos personales como patrimoniales, y las relaciones paterno-filiales. Los motivos por los que el legislador fundamenta la aprobación de la Ley:

1. La necesidad de adecuar el Derecho a la realidad social. Así dispone la Exposición de Motivos que “la regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales”, y que “la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, *incluso debe*, actuar en consecuencia, y *evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular*”.

2. El mandato de la Unión Europea. La Ley menciona la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

3. Los fundamentos constitucionales, “que deben ser tenidos en cuenta por el legislador”. Entre ellos: “la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad” (arts. 9.2 y 10.1 de la CE), “la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere” (art.1.1 de la CE) y “la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social” (art.14 CE.).

La Ley modifica el art.44 del Código civil con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Además, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes, y las

referencias al padre y la madre por la de los progenitores (arts. 66, 67, 154.1, 160.1, 164.2, 175.4, 178.2, 637.2, 1323, 134, 1348, 1351, 1361, 1365.2, 1404 y 1458 del Código Civil.). También quedan modificados, en la Disposición Adicional Segunda, los arts. 46 28 y 53 de la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957.

De acuerdo con la Disposición Adicional Primera “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. De este modo, se igualan todos los derechos, obligaciones y efectos jurídicos de los matrimonios, con independencia del sexo de los contrayentes. A consecuencia de ello, también se permite la adopción a los matrimonios del mismo sexo, reformándose el art. 175.4 que dispone, en su nueva redacción, que: “nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.¹²¹⁶

El 28 de septiembre de 2005, 72 diputados del Partido Popular presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 13/200 estimando que dicha modificación podría vulnerar, entre otros artículos, el artículo 32 CE que dispone que: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Tampoco la doctrina, especialmente entre los civilistas, mostró consenso unánime respecto a la constitucionalidad de la Ley, aludiendo algunos autores a la heterosexualidad como requisito esencial de la institución.¹²¹⁷

¹²¹⁶ Además, el art 178.2 del Código civil queda redactado en los siguientes términos: “por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.”

¹²¹⁷ RAMOS CHAPARRO, “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo de 2005, pp. 1171-1173, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M.,

El Tribunal Constitucional resolvió en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, estimando que la modificación civil es plenamente constitucional siguiendo una interpretación evolutiva de la Constitución Española. De este modo, en su primer razonamiento, estima que, desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio, no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad, remitiéndose al derecho internacional y al derecho comparado y subrayando que “los Tribunales no deben de permanecer ajenos a la realidad social”

Respecto al matrimonio como derecho constitucional considera, en su segundo razonamiento, que la Ley 13/2005 supone una modificación en el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio “sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales”. Además, la Sentencia estima que la Ley 13/2005, respecto a la adopción por matrimonios del mismo sexo, no lesiona el principio rector de política y social recogido en el art. 39 CE, de protección a la familia, “puesto que ésta sólo podría darse en caso de que se vulnerase el interés del menor, circunstancia que no concurre”.

El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo ha supuesto un avance normativo único de consecuencias jurídicas fundamentales. En primer lugar, se materializa el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación del art.14 C en una serie de derechos que se establecen a través del vínculo matrimonial: derechos y deberes de carácter personal para los cónyuges, régimen económico matrimonial, derechos sucesorios, como el derecho a la legítima del cónyuge viudo o el de la sucesión intestada, y derechos en el ámbito laboral, fiscal y sanitario, extendidos también en la actualidad a las parejas de hecho.

En segundo lugar, la Ley 13/2005 es expresión de la debida adecuación del Derecho a la realidad social. En este sentido, PÉREZ CANOVAS considera que “es una ley oportuna y justa que ha hecho evolucionar el ordenamiento jurídico para adaptarlo a la realidad social”¹²¹⁸, mientras que CALVO GONZÁLEZ estima que “nos encontramos en una arquitectura jurídico-social profundamente renovada. De un estado social donde las relaciones jurídicas se

“La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español”, *Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*. pp. 379-383.

¹²¹⁸ PÉREZ CÁNOVAS, N. “El matrimonio homosexual”. *Actualidad civil*. núm. 20, 2005, pp. 2441-2442.

traducían en relaciones de familias, hemos venido en lenta pero indetenible evolución a un régimen transformado en el que las relaciones de Derecho surgen de la voluntad socialmente libre de los individuos.”¹²¹⁹

En cualquier caso, y reconociendo el profundo avance jurídico y social que supone la Ley 13/2005, no se puede olvidar, como estima SALAZAR BENÍTEZ, que el verdadero reto para el operador jurídico es “transformar una sociedad que continua siendo homófoba, lo cual significa que es necesario cambiar el orden patriarcal que la sustenta”¹²²⁰.

En otro orden de consideraciones, respecto a la identidad de género, destaca la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Hasta la adopción de esta Ley, el cambio de inscripción registral solo podía ser autorizado mediante sentencia judicial. Es por ello que, desde la década de los setenta, se interpusieron demandas para la inscripción del cambio de sexo y/o de nombre en el registro civil, dando lugar a sentencias en las que se puede apreciar, como señala ELVIRA PERALES, “el cambio de concepción en el transcurso del tiempo, fruto de los cambios sociales que se producían, pero también del eco recibido por la doctrina del TEDH, fruto de cuestiones similares en diferentes países”.¹²²¹

De este modo con esta Ley, como se destaca en la Exposición de Motivos “España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad”.

La Ley exige como requisitos para la rectificación registral de la mención del sexo que la persona solicitante acredite que se le haya sido diagnosticada disforia de género y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.(art.4.1). Este período de dos años ha sido cuestionado por carecer

¹²¹⁹ CALVO GONZÁLEZ, “Ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. núm. 686/2005.

¹²²⁰ SALAZAR BENÍTEZ, O. *Op.cit* p.20

¹²²¹ ELVIRA PERALES. *Op.cit*.p.17

de base científica y por entender que se le debe dar primacía a los informes médicos individualizados que a un plazo legal generalizado.¹²²²

En cualquier caso, este plazo no es necesario “cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”. Además, la Ley establece que “no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual”. (art.4.2) En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia 731/2008, de 18 de julio, respecto a un caso anterior a la Ley, aceptó el cambio de inscripción del sexo y del nombre de una persona, que no había sido intervenida quirúrgicamente, estimando que: “han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10, 15 y 18 de la CE)”.

El elemento fundamental de la Ley es que, a partir del cambio registral permite a la persona “ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”. Es decir que, desde la rectificación en el Registro Civil, la persona puede hacer valer todos sus derechos desde su nuevo género sin “alterar la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral”. (art.5) Este último inciso es de suma relevancia en materia de relaciones civiles como la filiación o el vínculo matrimonial, en cuanto la nueva inscripción no modifica los derechos y obligaciones jurídicas respecto a los hijos o al cónyuge.

3.3. El reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en el ámbito laboral.

En el ámbito laboral de nuestro ordenamiento jurídico también se ha recogido el derecho a la no discriminación por motivo de la orientación sexual o de la identidad de género.

De esto modo, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras, que modificó el Estatuto de los Trabajadores,

¹²²² ARARTEKO. *La Situación de las personas transgénero y transexuales en Euskadi. Informe Especial.* 2009, Disponible en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1719_3.pdf. p. 101

establece en dos artículos la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual. Por una parte, el art. 4.2, c), establece que los trabajadores tienen derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, *orientación sexual*, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”. Además, añade el artículo 4.2, en su letra e), que los trabajadores también tienen derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. Por otra parte, el art. 17 dispone el principio de no discriminación por motivo de orientación sexual en las relaciones laborales¹²²³ y el art. 54.1.g) causa grave de incumplimiento contractual, dando lugar al despido disciplinario: “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual* y el *acoso sexual* o por *razón de sexo* al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

En consecuencia de estos preceptos la Ley de infracción y sanciones en el orden social, RD 5/2000¹²²⁴, dispone como infracción muy grave “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de [...] la orientación sexual”¹²²⁵(art.8.12) y “ el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad

¹²²³ ESPAÑA. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras, que modificó el Estatuto de los Trabajadores. BOE nº313. Art. 17.1: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, *orientación sexual*, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

¹²²⁴ ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE. núm.189.

y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”(art.8.13).

Además, en consonancia con lo establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y siguiendo con lo establecido en la derogada Ley de Procedimiento Laboral, RD 2/1995, la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social dispone en el art. 96 la inversión de la carga de la prueba estableciendo que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados en discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

La identidad de género, sin embargo, no encuentra protección explícita en la legislación laboral de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional sí ha estimado que la discriminación por motivo de identidad de género en el ámbito laboral es un supuesto de discriminación por condiciones o circunstancias personales o sociales del art.14 CE. Así lo estableció en la STC 41/2006, de 13 de febrero, en la que declara nulo un despido de un trabajador objeto de discriminación por su vestimenta y su expresión de género.

CAPÍTULO X. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Los motivos del reconocimiento legal del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género

El art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece que “la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, *pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual*, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país”.

Este reconocimiento legal explícito del derecho a la protección internacional por motivos de género u orientación sexual supone un importante avance normativo en nuestro ordenamiento jurídico, fundamental para todas aquellas personas que sufran persecución en sus países de orígenes por el hecho de querer vivir y desarrollar su género o su sexualidad de una forma libre y digna. Tres han sido los principales factores que han propiciado este reconocimiento: el desarrollo legislativo de la Unión Europea, la labor jurisprudencial de nuestros Tribunales y la progresiva incorporación del derecho subjetivo constitucional a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, en primer lugar, la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, estableció en el art.10.1.d) que: “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual”.

Como destaca el Preámbulo de la Ley 12/2009, uno de los motivos para la adopción de una nueva Ley de Asilo fue la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la legislación de la Unión Europea, que supuso la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, mencionando entre esta legislación comunitaria expresamente la Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento. Aun así, siguiendo el tenor literal del art. 10.1.d) de la norma comunitaria, nuestro legislador no estaba obligado a reconocer explícitamente el derecho de asilo y a la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género dado que aquella se expresa en términos condicionales, estableciendo que “*podría* incluirse en el concepto de grupo social determinado”. La Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento, abrió la posibilidad al reconocimiento legal o judicial de la orientación sexual y de la identidad de género como causas de persecución susceptibles de protección internacional, pero sin exigir a los Estado miembros su regulación legal explícita¹²²⁶.

En cualquier caso, las normas comunitarias son normas mínimas de cuya naturaleza se desprende, como indica el Preámbulo de la Ley 12/2009, “que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias”. Partiendo de esta premisa, y sumándose a la tendencia existente entre los Estados miembros al reconocimiento legal explícito de la orientación sexual como causa de persecución¹²²⁷, nuestro legislador recogió la posibilidad de la

¹²²⁶ Conviene recordar que el art.10.1.d) de la Directiva 2004/83/CE ha sido recientemente interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha estimado que: “la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social”. TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta), Sentencia de 7 de noviembre de 2013, en los Asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 (X).

¹²²⁷ De acuerdo con los datos aportados por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, son 23 los Estados miembros que explícitamente consideran a las personas lesbianas, gays y bisexuales como pertenecientes a un “determinado grupo social”. Tres Estados miembros; Estonia, Grecia y el Reino Unido, aún no incluyen explícitamente a las personas LGBT como “grupo social determinado”, tampoco Dinamarca, que no está jurídicamente vinculada a la Directiva de Reconocimiento. UNION EUROPEA. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Homophobia, transphobia and discrimination on*

norma comunitaria, estableciendo, de hecho, un reconocimiento más explícito e inclusivo que en la Directiva 2004/83/CE. Así, la regulación del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Ley 12/2009 va más allá de lo establecido por la legislación comunitaria:

1. Por su ubicación en el articulado. Mientras que la norma comunitaria menciona la orientación sexual en el art.10, al definir la causa de persecución de determinado grupo social, sin hacer mención explícita en el art.2.c) que define de forma general la condición de refugiado, la Ley 12/2009, al contrario, sí menciona la causa de “pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual” ya en el art.3, que define de forma general la condición de refugiado, concretando posteriormente los términos y condiciones en el art.7 sobre los motivos de persecución.

2. Por el reconocimiento de la identidad de género. La Ley 12/2009 reconoció la condición de refugiado a las personas transgénero a tenor del mencionado art.3, que reconoce la condición de refugiado a toda persona que tenga fundados temores de ser perseguida por motivos de “pertenencia a un grupo social determinado *de género*”, y del art.7.1.e) que dispone que: “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o *identidad sexual* [...]” A nivel comunitario, sin embargo, no fue hasta la modificación de la Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento, por la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, que la legislación comunitaria recogió expresamente la identidad de género de las personas como posible elemento para la constitución de un “grupo social determinado”. El actual art.10.1.d). dispone que: “los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la

grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices. 2011.p.35.

pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo”.

En segundo término, el reconocimiento para extender el derecho a la protección internacional a los motivos de orientación sexual e identidad de género fue también propiciado por la labor jurisprudencial de nuestros Tribunales que, con anterioridad a la Ley 12/2009, ya habían estimado el derecho de asilo por razón de la orientación sexual del solicitante.

El Tribunal Supremo entendió admisible a trámite la causa de la homosexualidad del solicitante, bajo determinados supuestos, con anterioridad a la aprobación de la Ley 12/2009, en Sentencias como en la STS de 30 de noviembre de 2005, rec. nº 6006/2002 (caso de un hombre moldavo que huye de una persecución por razón de su orientación sexual), en la STS de 21 de abril de 2006, rec. nº 2851/2003 (caso de un hombre cubano que huye de una persecución por razón de su orientación sexual), en la STS de 14 de diciembre de 2006, rec. nº 8638/2003 (caso de un hombre cubano que huye de una persecución por razón de su orientación sexual), en la STS de 22 de diciembre de 2006, rec. nº 9012/2003 (caso de una mujer cubana que huye de una persecución por razón de su orientación sexual), en la STS de 25 de julio de 2007, rec. nº 1447/2004 (caso de un hombre cubano que huye de una persecución por razón de su orientación sexual), en la STS de 4 de octubre de 2007, rec. nº 1981/2004 (caso de un hombre ruso que huye de una persecución por razón de su orientación sexual) o en la STS de 13 de diciembre de 2007, rec. nº 4529/2004 (caso de un hombre cubano que huye de persecución por razón de su orientación sexual).

De esta forma, como estimó en la STS de 16 de septiembre de 2006, rec. nº 4511/2003, y en la STS de 28 de noviembre de 2008, rec. nº 5265/2005, el Tribunal Supremo entiende que “una persecución desarrollada por las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su homosexualidad puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre”. La Ley 12/2009, en este sentido, no vino sino a otorgar mayor seguridad jurídica a un derecho que

comenzaba a consolidarse por vía jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico.¹²²⁸

Por último, no se puede obviar que el reconocimiento legal explícito de la orientación sexual y de la identidad de género, como motivos para la obtención de la protección internacional, es resultado de la progresiva incorporación en los diferentes ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, consagrado en el art.14 de la CE.

De un Estado cuyo ordenamiento jurídico ha contemplado la pena de muerte para los homosexuales a lo largo de su Historia hasta bien entrado el s.XIX y que ha perseguido y condenado a las personas homosexuales y transexuales “por ofender las buenas costumbres” y por ser consideradas como “sujetos peligrosos” hasta hace escasas décadas, España se ha convertido en un Estado que legalmente reconoce el derecho a la protección internacional de aquellos extranjeros que sufren persecución por su orientación sexual e identidad de género en sus países de origen.

Este cambio de paradigma es consecuencia de un progresivo reconocimiento del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los ámbitos civil, penal y laboral y de una paulatina integración de lo injusto de tal discriminación en nuestra sociedad. El reconocimiento legal de la orientación sexual y de la identidad de género como causas de protección internacional supone, en este sentido, la expresión última de la conciencia de nuestro legislador que, tras décadas de lucha social y siglos de persecución, condena y rechazo, por fin entiende que las personas no pueden ser discriminadas ni perseguidas por el libre desarrollo de su sexualidad o de su género. Ni siquiera aquellas nacidas fuera de nuestras fronteras.

¹²²⁸ A consecuencia del origen jurisprudencial del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y de identidad de género, se hace analizar los principales elementos de la jurisprudencia de nuestros Tribunales al respecto en el epígrafe II del presente Capítulo.

2 Los elementos constitutivos del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género

La Ley 12/2009 posibilita el reconocimiento de la condición de refugiado y de la protección subsidiaria a las personas lesbianas, gays, bisexuales e intersexuales que, constituyendo un grupo social determinado en su país de origen, tengan fundados temores a sufrir persecución por motivo de su orientación sexual o de su identidad de género. En este sentido, la ley exige la concurrencia de una serie de elementos y particularidades aplicables a estos casos de persecución que requieren del análisis individualizado para poder deducir las principales características del régimen jurídico del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. La orientación sexual y la identidad de género como características constitutivas de un determinado grupo social

Para constituir el derecho de asilo o a la protección subsidiaria, la persecución debe estar vinculada necesariamente a una de las cinco causas establecidas por el art. 1.A).2º, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a grupo social determinado. La Ley 12/2009 incorpora la orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución considerando que las personas LGBTI pueden pertenecer a un *grupo social determinado*. De esta forma, el art.3 dispone que: “la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, *pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual*, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país”.

Para concretar los términos que definen a un *grupo social determinado*, el art.7.1.e) de la Ley 12/2009 establece dos criterios de valoración. Por una parte, requiere que los miembros de dicho grupo “compartan una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien que

compartan una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella”. Por otra parte, señala que dicho grupo debe poseer “una identidad diferenciada en el país de que se trate al ser percibido como diferentes por la sociedad que lo rodea”.

Una de las cuestiones que suscita el precepto es si se requiere la concurrencia de ambos criterios, es decir, el de la característica innata e inmutable o fundamental para su identidad o conciencia y el de la percepción social de la identidad diferenciada, o si con uno sólo de ellos ya se puede valorar la existencia de “un grupo social determinado”. Esta cuestión es de suma relevancia para el motivo de la orientación sexual ya que, dado el alto grado de persecución, estigmatización y rechazo sufrido, muchas personas lesbianas, gays o bisexuales optan por no diferenciar socialmente su orientación sexual.

Es por ello que, de acuerdo con la corriente doctrinal mayoritaria, estos dos criterios deben operar de forma alternativa y no acumulativa¹²²⁹. Del mismo modo, el ACNUR también entiende que los criterios deben estimarse de forma alternativa para la determinación de un grupo social¹²³⁰. Por tanto, la Administración debe permitir la concesión de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género atendiendo, de forma individualizada, si en el país de origen las personas por ser homosexuales, bisexuales, transexuales o intersexuales, constituyen un determinado grupo social. Para dicha estimación se deben utilizar los criterios destacados, el de la característica innata o inmutable común como el de la percepción social de la identidad diferenciada, de forma alternativa y no acumulativa.

¹²²⁹TSOURDI, E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers*. 2011.p.9.

¹²³⁰ “Los dos enfoques - "características protegidas" y "percepción social" - para identificar los "determinados grupos sociales" reflejados en esta definición son pruebas alternativas y no acumulativas. El enfoque de "características protegidas" examina si un grupo está unido, o por una característica innata o inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que una persona no debe ser obligada a abandonarla. El enfoque de "percepción social", por su parte, examina si un determinado grupo social comparte una característica común que hace que sea conocido o que los miembros del grupo sean considerados como distintos a la sociedad en general”. ACNUR. Directrices sobre la protección internacional. N° 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. prf. 45

En otro orden de términos, es destacable que la Ley 12/2009 reconoce la orientación sexual y la identidad de género como características de pertenencia a un grupo social determinado y, en consecuencia, susceptibles de protección internacional bajo unos parámetros restrictivos, siguiendo la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril.

La primera restricción la encontramos en el citado art. 7.1.e), según el cual sólo pueden incluirse la orientación sexual y la identidad sexual dentro del concepto de grupo social determinado en función de las circunstancias del país de origen, “sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”. Esta vinculación de los motivos de orientación sexual y de identidad de género a las circunstancias del país de origen produce dos consecuencias fundamentales:

1. Exige el conocimiento de la situación de cada país respecto a las personas LGBTI por parte de las autoridades nacionales competentes. Esta exigencia posiciona a los solicitantes de asilo y de protección subsidiaria por tales motivos en un claro supuesto de inseguridad jurídica ya que la falta de información sobre el país de origen por parte de las autoridades puede dar lugar a prejuicios y a denegaciones sistemáticas de solicitudes, sin llegar a tramitar el examen individualizado de las circunstancias personales del solicitante.

2. Además, esta restricción opera de forma discriminatoria en relación con los otros motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que no recae la condición de las circunstancias imperantes en el país de origen.

La segunda restricción la encontramos en la misma disposición del art 7.1.e) al introducir que “en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”. Este precepto merece la misma consideración que el art. 10.1.d) de la norma comunitaria, del que es transcrito directamente, siendo innecesario, ambiguo y claramente discriminatorio.

- En primer lugar, este inciso resulta innecesario por dos motivos. Por una parte, porque la propia Ley 12/2009, en el art.8, ya prevé entre los supuestos de exclusión, aplicables a todos los motivos de persecución, la comisión de delitos graves comunes. Por otra, porque

en el ordenamiento jurídico español ninguno de los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo son considerados como actos delictivos desde el Código Penal de 1928¹²³¹.

▪ En este sentido, además, este inciso es manifiestamente ambiguo porque la orientación sexual en sí misma no tiene por qué estar vinculada a ninguna conducta tipificada como delito. Conviene recordar que, de acuerdo con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la orientación sexual designa “la capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas”¹²³². La inclusión de este precepto parece responder a una carencia objetiva en la comprensión de la naturaleza y del contenido del término *orientación sexual*, incorporando nuestro legislador un inciso basado en prejuicios discriminatorios que parecen vincular implícitamente la orientación sexual con conductas tipificadas penalmente por nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo con el Título VIII de nuestro Código Penal vigente, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, como son los delitos de agresión sexual, abusos, agresiones y abusos a menores de trece años, acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución y corrupción de menores, resulta irrelevante, a efectos jurídico-penales, la orientación sexual del que perpetra tales actos delictivos.

▪ Por último, este inciso es también discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución objeto de protección internacional; raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que la

¹²³¹ Sin perjuicio de, como se estudia en el Capítulo VI, que la homosexualidad fuera perseguida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, por la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 y por la aplicación del art.431 del Código Penal, incluso después de la Constitución Española de 1978.

¹²³² AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea. Informe de síntesis*. 2009. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_ES.pdf. p. 7.

norma no menciona tal consideración de conductas delictivas salvo aquellas objeto de exclusión del art.8 de la norma.

2.2 La naturaleza y los actos constitutivos de persecución

Respecto al elemento objetivo, la persecución sufrida o que se teme sufrir, la Ley 12/2009, de acuerdo con la normativa establecida por la Unión Europea, establece los elementos definitorios de la naturaleza de dicha persecución, así como una serie de causas que pueden constituir tal persecución.

De este modo, los actos que entrañan persecución objeto de protección internacional deben ser suficientemente graves por su naturaleza, o tienen que ser de carácter reiterado, como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales. Así lo establece el art.6 que remite, respecto a tales derechos fundamentales, a “los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.” Es decir, serán actos constitutivos de persecución aquellos actos que de forma grave o reiterada violen el derecho a la vida, impliquen tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y supongan alguna forma de esclavitud o servidumbre¹²³³.

Siguiendo la Directiva 2004/83/CE, el art.6 establece que también podrá ser entendida como constituyente de objeto de persecución “la acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar”. Aquí conviene reiterar el debate doctrinal existente sobre la posibilidad de que los actos de discriminación grave que puedan vulnerar derechos sociales básicos como el acceso a la asistencia sanitaria, al empleo o a la vivienda, por motivos de homofobia, bifobia o transfobia, pueden constituir en sí mismos actos de persecución de gravedad suficiente para el reconocimiento de la protección internacional.

¹²³³ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 15.2 dispone que la disposición precedente no autoriza ninguna derogación del art. 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los arts. 3, 4.1 y 7.

De acuerdo con el tenor literal de la Ley 12/2009, se deben estimar como constitutivos de persecución también los actos discriminatorios graves. En este mismo sentido, el art. 6 establece en un listado, *numerus apertus*, de actos de persecución objeto de protección internacional, entre ellos:

- los actos de violencia física o psíquica, incluidos los *actos de violencia sexual*;
- *las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria*;
- los procesamientos o penas que sean desproporcionados o *discriminatorios*;
- la denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o *discriminatorias*;
- los procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley;
- *los actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.*

De acuerdo con la doctrina y con la legislación comunitaria, tal como se aborda en el Capítulo VI del presente estudio, se entiende que sí se debe conceder la protección internacional también en supuestos de discriminación, siempre que en aquellos el grado de discriminación por el que se vulneran los derechos fundamentales sea tal que podría equipararse a la violación del derecho a la vida o a la perpetración de torturas o tratos inhumanos o degradantes, como es el supuesto de la denominada *muerte civil*.

2.3. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Uno de los grandes avances que ha supuesto la Ley 12/2009 es el reconocimiento de la protección subsidiaria para aquellos nacionales de un tercer país o apátridas que, aunque no reúnan los requisitos necesarios para obtener el estatuto de refugiado, se den motivos fundados para creer que al regresar a su país de origen o, en el caso de los apátridas, al país de su

anterior residencia habitual podrían enfrentarse a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en la norma.¹²³⁴

En España, la protección subsidiaria ha sido concedida por las autoridades competentes y por los tribunales en tanto que los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género no conseguían obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado. Dos son los argumentos principales por los que la Administración y los Tribunales vienen reconociendo la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género:

- Por una parte, en aquellos supuestos en los que en el país de origen se penalicen los actos sexuales mantenidos entre adultos del mismo sexo, en los casos en los que no se haya podido probar la perpetración efectiva de la persecución individualizada del solicitante.
- Por otra, de forma más habitual que en los supuestos anteriores¹²³⁵, en los casos en los que se acredite haber sufrido torturas o riesgo real a poder sufrirlas por motivos de orientación sexual o de identidad de género.

El Tribunal Supremo, en una reciente Sentencia de 18 de julio de 2013, nº.rec.138/2013, se ha pronunciado sobre la estimación de la protección subsidiaria por motivo de la orientación sexual de un nacional de Argelia. En el Fundamento de Derecho 5º, que parece no diferenciar entre la protección subsidiaria, alegada por el solicitante, de la autorización por razones humanitarias¹²³⁶, se estima que: “cuando se trata de valorar la autorización de

¹²³⁴ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *Op.cit.* art.4. El art. 10 define los daños graves constitutivos de objeto de la protección subsidiaria: “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.”

¹²³⁵TSOURDI. E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers.* 2011p.11

¹²³⁶ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que en el ámbito genérico de la protección internacional existen dos regímenes distintos de protección, a saber, el estatuto de refugiado, por un lado, y el estatuto que confiere la protección subsidiaria, por otro, cuyos ámbitos respectivos de protección no deben equipararse (STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08 , C- 176/08 y C-179/08). Esta diferente caracterización del reconocimiento del derecho de asilo y de la *autorización de permanencia por razones humanitarias* se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las

permanencia en España por razones humanitarias, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente daría lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él.”¹²³⁷ Este inciso de la Sentencia merece dos comentarios críticos:

1. La actual Ley de Asilo, Ley 12/2009, diferencia entre el derecho a la protección subsidiaria (regulado en los arts. 4, del Título Preliminar, y arts. 10, 11 y 12, del Capítulo II del Título I) de la autorización de estancia o residencia por razones humanitarias, regulada en el art.37.b, dentro de los efectos de las resoluciones denegatorias. Es fundamental puntualizar la diferencia ya que, aunque la protección subsidiaria tuvo su origen en el art.17.2 de la Ley de Asilo de 1984 que regulaba la autorización por razones humanitarias (desarrollado por el art.31 del Reglamento de Asilo RD 2393/2004), con la actual Ley 12/2009, el estatuto de la protección subsidiaria adquiere configuración legal bajo la naturaleza de derecho subjetivo y con el mismo contenido jurídico del estatuto de refugiado.

2. El art.4 de la Ley 12/2009 que define la protección subsidiaria no expresa que para su estimación se le deba dar relieve al “análisis del conflicto social” existente en el país de origen ni al “modo en que éste afecta a la persona inmersa en él”. Parece que la confusión entre protección subsidiaria y autorización de permanencia por motivos humanitarios lleva al Tribunal Supremo a requerir “la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en uno y otro caso”, cuando ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni la Ley 12/2009, expresan tal

circunstancias concurrentes que ha de emplearse en uno y otro caso”. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 18 de julio de 2013, n.º.rec.138/2013, F.D.º.5º

¹²³⁷ En cualquier caso el Tribunal Supremo no entiende tampoco aplicable la protección subsidiaria “partiendo de la falta de elementos de verosimilitud del relato suministrado por el recurrente, apreciado de forma razonada por la Sala de instancia, es claro que el mismo no puede ser tomado en consideración tampoco a los pretendidos efectos de la protección subsidiaria” TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 18 de julio de 2013, n.º.rec.138/2013, F.J.5º

diferencia en la forma de valorar los elementos constitutivos de cada estatuto jurídico¹²³⁸.

En cualquier caso, para la autorización de la estancia o permanencia por razones humanitarias también se requiere la individualización de las circunstancias al solicitante. Así lo ha estimado la Audiencia Nacional que, al respecto, ha señalado que “las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino que necesariamente tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, debiéndose apreciar si existen razones o circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos inherentes a la persona, caso de que ésta tuviera que volver a su país”.

Así, en la SAN de 13 de junio de 2012, en la que la Audiencia Nacional ratifica la denegación del asilo a una mujer transexual colombiana residente en España, se estima que la Sala debe valorar si concurren en este caso razones humanitarias que justifiquen la permanencia, estancia o residencia de la interesada en España en los términos previstos en la legislación por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración y declara que: “las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interprete la expresión ampliamente, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas”¹²³⁹.

¹²³⁸ De hecho, en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08 y C-179/08), se estima que “en el ámbito del concepto de «protección internacional», la Directiva regula dos regímenes distintos de protección, a saber, el estatuto de refugiado, por un lado, y el estatuto que confiere la protección subsidiaria, por otro, disponiendo el artículo 2, letra e), de la Directiva que la persona con derecho a protección subsidiaria es aquella «que no reúne los requisitos para ser refugiado”(p.78), pero en no requiere que la valoración de las circunstancias concurrentes sea distinta para cada estatuto jurídico.

¹²³⁹ AUDIENCIA NACIONAL.SALA DE LO CONTENCIOSO. Sentencia 2862/2012, de 13 de junio de 2012. N°rec. 535/2011. F.D.º6º.

2.4. La cuestión de los agentes de persecución o causantes de daños graves en los casos de persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género.

La Ley 12/2009 establece como agentes de persecución o causantes de daños graves, además del Estado y de los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio, los agentes no estatales, cuando “los anteriores no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves”(art.13). De este modo, se incorporan como posibles causantes de la persecución a otros tipos de actores, no pertenecientes a la estructura jurídico-pública del Estado, de acuerdo con lo establecido en el art.6 de la Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento. Como se destaca en el Capítulo V del presente estudio, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había estimado el reconocimiento del derecho de asilo en supuestos en los que el solicitante era perseguido por agentes no estatales como grupos armados u organizaciones guerrilleras.¹²⁴⁰

El reconocimiento legal explícito de los agentes no estatales como posibles perpetradores de actos constitutivos de persecución reviste de una relevancia fundamental para las personas LGBTI víctimas de constantes crímenes, de violencia, de torturas y de discriminación por personas pertenecientes al entorno social o, muy frecuentemente, al familiar. Como constata el único informe realizado hasta la fecha en el seno del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la materia, “en muchas regiones del mundo son los miembros de las familias o las comunidades los responsable de aplicar las normas de género y de sancionar sus transgresiones”¹²⁴¹. En consecuencia, las personas LGBTI son perseguidas por

¹²⁴⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Directrices sobre solicitudes de asilo relativas a víctimas de crimen organizado*. ACNUR. Marzo 2010.

¹²⁴¹ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf. p.67.

aquellos miembros de su comunidad o de su propia familia responsables de *restaurar* la moralidad dañada.

De este modo, los mecanismos de las Naciones Unidas y las ONGs han documentado que las personas LGBTI son víctimas de los denominados *asesinatos de honor*, perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que han sido causa de vergüenza o deshonor para la familia, “a menudo por transgredir las normas de género o por determinadas conductas sexuales, incluidas las relaciones homosexuales reales o supuestas”¹²⁴².

Los *asesinatos de honor* se perpetran tanto contra hombres como contra mujeres¹²⁴³. Sin embargo, las lesbianas, las mujeres bisexuales y las personas trans corren una doble discriminación, y por tanto son doblemente vulnerables, debido a la arraigada desigualdad entre géneros dentro del ámbito familiar y de la sociedad, “que restringe la autonomía en la adopción de decisiones sobre la sexualidad, la reproducción y la vida familiar”¹²⁴⁴. Como denuncia la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer para las Naciones Unidas, “la comunidad puede ser también el ámbito que determina las restricciones a la sexualidad femenina y su regulación [...] La mujer que [...] expresa su sexualidad mediante formas distintas de la heterosexualidad suele ser víctima de violencia y tratos degradantes”.¹²⁴⁵ Las mujeres lesbianas, bisexuales o trans son víctimas de matrimonios forzados, de embarazos forzados y de

¹²⁴² Sobre crímenes de honor a personas LGBTI: *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Op.cit.p.25*. Véanse los Informes A/61/122/Add.1, p.. 124, E/CN.4/2002/83, pp.. 27-28, A/HRC/4/34/Add.2, p.. 19; y A/HRC/4/34/Add.3, para. 34. Además, Véase BBC “India: Haryana widows battered to death”, disponible en www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13125674 ; HUMAN RIGHTS WATCH, Informe *They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, 17 Agosto 2009. UNDP. *The Dynamics of Honor Killings in Turkey*. Disponible en : http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/676_filename_honourkillings.pdf. Noviembre 2005.

¹²⁴³ Conviene recordar el alto número de solicitudes de asilo recibidas en España de hombres homosexuales procedentes de Camerún, entre otros países, perseguidos por miembros de su propio entorno familiar. El Informe de CEAR sobre la situación de las personas refugiadas de 2013 denuncia que “de Camerún hay que destacar la situación de persecución extrema que sufren las personas LGTB”. CEAR, *Op.cit.p. 50*

¹²⁴⁴ *Ibidem*.

¹²⁴⁵ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer para las Naciones Unidas E/CN.4/1997/47 p.8

violaciones conyugales, “algunas de las cuales se utilizan como formas de castigo por la orientación o la conducta sexual supuesta o real”.¹²⁴⁶.

Con anterioridad a la vigente Ley de Asilo, la Audiencia Nacional ya había considerado la posibilidad de reconocer el derecho de asilo a aquellas personas perseguidas por su orientación sexual o identidad de género por actores no estatales, siempre que las autoridades del país de origen mantuvieran una postura totalmente pasiva. Así, en la Sentencia de 23 de mayo de 2007¹²⁴⁷ sobre el caso de un homosexual georgiano a quien se lo otorgó la entonces denominada protección complementaria y recurrió la denegación del estatuto de asilo, la Audiencia Nacional rechazó dicho recurso estimando que la postura policial, ante las palizas propiciadas por agentes no estatales al solicitante y a su madre, “no fue contundente pero tampoco fue totalmente pasiva”. En otra Sentencia, de 30 de enero de 2007¹²⁴⁸, la Audiencia Nacional también desestimó el recurso presentado por un homosexual de Cuba perseguido por su orientación sexual, que incluso fue víctima de la mutilación de sus mamas, por no entender que en el material presentado se hallaran “pruebas ni indicios con carácter suficiente como para que quede probado que el recurrente hubiera sufrido una persecución sistemática y personal por parte de las autoridades de su país, o que éstas la hayan consentido o mostrado pasivas”.

De este modo, en las Sentencias de 19 de diciembre de 2008 y de 13 de enero de 2009¹²⁴⁹, aún anteriores a la Ley 121/2009, la Audiencia Nacional estimó que: “cuando la población local comete serios actos de discriminación

¹²⁴⁶ Véanse los Informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/16/44, p. 23-24; E/CN.4/2002/106, p. 90-92; E/CN.4/2002/83, p. 57 and 101- 102; y A/61/122/Add.1, p. 57, 73, 84 y 151. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Op.cit.p.67*

¹²⁴⁷ AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 23 de mayo de 2007. Rec. Nº 412/2004.

¹²⁴⁸ AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 30 de enero2005 Rec. Nº 278/2005.

¹²⁴⁹ AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 19 de diciembre de 2008. Rec. Nº 1399/2007 y Sentencia de 13 de enero de 2009. Rec. Nº1528/2007

y otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”. En ambas sentencias se requiere la relación causal para el reconocimiento de una persecución perpetrada por un agente no estatal, en los siguientes supuestos:

a) cuando existe un riesgo real de persecución por un agente no estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, tanto si la omisión por el Estado de brindar protección al solicitante está relacionada o no con la Convención;

b) cuando el riesgo de persecución por un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.

2.5. Particularidades del contenido jurídico de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria conlleva, de acuerdo con el art.36 de la Ley 12/2009, “el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea”¹²⁵⁰. El citado precepto enumera una serie de derechos que, en cuanto mínimos, configuran el contenido esencial de la protección internacional: el derecho a la no devolución, el derecho de información, la autorización de residencia y trabajo permanente, el derecho a la expedición de determinados documentos, el derecho al acceso al empleo, a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y a los servicios sociales, la libertad de circulación, el derecho al mantenimiento de la unidad familiar y el derecho al acceso a los programas de retorno voluntario.

¹²⁵⁰ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.36.

Consideración especial, respecto a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, merece el derecho al mantenimiento de la unidad familiar y a la extensión de la protección internacional a miembros de la familia, regulados en los arts.39 y siguientes del Título III de la Ley 12/2009. El art.40 dispone que “por extensión familiar podrá obtener el derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiada o beneficiaria de esta protección su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia”. De este modo, requiriendo la existencia de una análoga relación de afectividad y convivencia, la Ley 12/2009 establece la posibilidad de que la pareja del mismo sexo del solicitante por motivos de orientación sexual o de identidad de género pueda acceder también a la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria¹²⁵¹. Además, las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrán optar también por reagrupar a sus familiares, entre los que se encuentran sus respectivas parejas del mismo sexo, de acuerdo con el art. 41, “aun cuando ya se encontrasen en España, sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten”.

En otro orden de ideas, la Ley 12/2009, en el Título V, de los menores y otras personas vulnerables, establece en el art. 46 que: “se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de *violencia psicológica o física o sexual* y víctimas de trata de seres humanos.”

Resulta fundamental para garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de los solicitantes LGBTI que se considere la orientación sexual y la identidad de género como causas de vulnerabilidad que requieran una

¹²⁵¹ Véase el Capítulo II en el que se aborda esta cuestión desde la perspectiva de la legislación comunitaria y se destaca como la nueva versión de la Directiva de Reconocimiento, 2011/95/EU, establece miembros de la familia del solicitante de protección internacional: el cónyuge del beneficiario de protección internacional o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, “si la legislación o la práctica del Estado miembro en cuestión otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa referente a nacionales de terceros países” conduciendo a la fragmentación normativa en el Sistema Europeo Común de Asilo y posicionando a los solicitantes LGBTI en un claro supuesto de inseguridad jurídica.

serie de medidas específicas tanto respecto a las garantías de procedimiento como respecto a las condiciones de acogida. Así lo ha entendido la legislación comunitaria que tanto en la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, como en la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprobaron las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros, considera a las personas LGBTI como personas vulnerables que requieren de unas medidas específicas.

La Ley 12/2009 no menciona expresamente la orientación sexual ni la identidad de género como causas de vulnerabilidad, pero en un segundo inciso del art.46 dispone que “se dará un tratamiento específico a aquéllas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley”. En cualquier caso, nuestra legislación no concreta qué medidas constituyen tal tratamiento específico, remitiendo, respecto a las condiciones de acogida, al desarrollo reglamentario. (art.31).

Conviene recordar que, en la actualidad, cuatro años después de la adopción de la Ley 12/2009, el esperado Reglamento de Asilo no ha sido aún aprobado, manteniéndose vigente el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por el Real Decreto 203/1995¹²⁵². El desarrollo reglamentario exigirá la incorporación de las medidas específicas previstas la comentada legislación comunitaria.

¹²⁵² ESPAÑA. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995), modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

3. Las principales características de la regulación del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

La regulación legal del derecho de asilo y a la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto un profundo avance en el compromiso por la promoción internacional de los derechos humanos y en el reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad género. Sin duda alguna, la plasmación en el derecho de asilo, de honda proyección jurídica internacional, de la orientación y de la identidad de género como causas susceptibles de persecución revela la firme convicción de nuestro legislador, tanto europeo como nacional, en el derecho humano al libre desarrollo de la sexualidad.

Sin embargo, del análisis crítico de la regulación del derecho de asilo y a la protección subsidiaria por motivos de orientación o identidad de género, se deduce que la norma adolece de una serie de debilidades que el legislador debe subsanar en futuras regulaciones en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica a los solicitantes LGBTI, garantizando la igualdad, la dignidad y el respeto a sus derechos fundamentales.

En primer lugar, la Ley 12/2009 regula la orientación sexual y la identidad de género como causas de persecución de *segundo orden* en relación con las causas *clásicas* de protección: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas. Como se ha destacado previamente, los motivos de orientación sexual e identidad de género, en cuanto elementos de pertenencia a un grupo social determinado, están condicionados a:

- Las circunstancias imperantes en el país de origen.
- La posible consideración de la causa como conducta delictiva, ya que “en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”.

Estas condiciones manifiestan los temores existentes, tanto en nuestra legislación como en la comunitaria, de un posible *efecto llamada* a aquellas personas que por motivos de orientación sexual e identidad de género sufran o

temen sufrir persecución o de un posible *abuso del derecho* por parte de aquellas personas que o bien no son homosexuales, bisexuales, transgénero o intersexuales, o bien no sufren o no temen realmente sufrir tal persecución, dada la dificultad de la prueba que impera sobre estos motivos. No obstante, conviene recordar que en ningún momento tales condiciones se aplican a otras causas de persecución, igual de íntimas y dificultosas para la prueba, como son la religión o las opiniones políticas de una persona.

En segundo lugar, la Ley 12/2009 somete el derecho de asilo y a la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género a un excesivo margen de discrecionalidad por parte de la Administración. El derecho de asilo y a la protección subsidiaria ya están condicionados a una serie de causas de exclusión y de denegación (arts 8, 9, 11 y 12) que, en términos generales, otorgan un amplio campo de apreciación subjetiva a la Administración, incluso a través de fórmulas jurídicamente indeterminadas como *el peligro para el orden público o la amenaza para la seguridad*. Sin embargo, la necesaria consideración de “las circunstancias imperantes en el país de origen”, para el caso de las solicitudes por orientación sexual e identidad de género, extiende aún más el ámbito de la discrecionalidad al no existir parámetros objetivos por los que valorar tales *circunstancias imperantes*.

En tercer lugar, la regulación adolece de una fundamental falta de concreción en el establecimiento de los derechos y garantías que le asisten al solicitante LGBTI tanto en el procedimiento como en su acogida. Si de acuerdo con el art.46 “se dará un tratamiento específico a aquellas personas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley”, la Ley 12/2009 no precisa ninguna medida específica respecto al tratamiento que requieren los solicitantes LGBTI en cuanto sujetos vulnerables. Además, la remisión al desarrollo reglamentario en diversas disposiciones no se ha visto realizada y, a cuatro años después de la adopción de la Ley 12/2009, aún no se adoptado un nuevo Reglamento de Asilo. En cualquier caso, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y de la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprobaron las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados

miembros, exigirá la concreción de las garantías de procedimiento y de las condiciones de acogida respecto a las personas LGBTI.

Por último, parece que legislador carece de una comprensión objetiva de los términos orientación sexual e identidad de género. De este modo:

1. Respecto a la orientación sexual, el legislador introduce la excepción ya comentada de que “en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”, manifestando, por una parte, claros prejuicios discriminatorios al vincular la orientación sexual con conductas tipificadas penalmente y, por otra, una falta profunda de discernimiento y entendimiento del contenido del orientación sexual.

2. Respecto a la identidad de género, el legislador parece no conocer la diferencia entre el sexo y el género de la persona y, por tanto, la diferencia existente entre identidad sexual e identidad de género. La Ley 12/2009 reconoce la condición de refugiado a las personas transgénero a tenor del mencionado art.3, que reconoce la condición de refugiado a toda persona que tenga fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo social *de género*. En cambio, en el art.7.1.e) el legislador dispone que: “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o *identidad sexual* [...]”.

La expresión de identidad sexual se circunscribe únicamente a la conciencia propia de cada persona de ser de un sexo u otro, mientras que la identidad de género es un término más amplio que reconoce “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”¹²⁵³

¹²⁵³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la*

La regulación del derecho a la protección internacional por motivo de la identidad de género no puede quedar reducido a la identidad sexual del solicitante. En este sentido, como denuncia el Informe del antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa titulado *Derechos Humanos e Identidad de Género* de 2009, «muchos marcos legales en Europa parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, dejando fuera una parte decisiva de la comunidad [...] entre las que se incluyen a cross-dresser, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de “hombre” o “mujer”».

4. Los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial española respecto a la aplicación del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género

La labor jurisprudencial de nuestros Tribunales ya había estimado la posibilidad de reconocer el derecho a la protección internacional de las personas homosexuales, bisexuales y transgénero, que por motivos de su orientación sexual o identidad de género tuvieran fundados temores a sufrir persecución, con anterioridad a que tal derecho quedara regulado de forma explícita en los arts.3 y7 de la actual Ley de Asilo. De esta forma, en las STS de 16 de septiembre de 2006, rec. nº 4511/2003, y en la STS de 28 de noviembre de 2008, rec. nº 5265/2005, el Tribunal Supremo estimó que “una persecución desarrollada por las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su homosexualidad puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre”.

La falta de concreción de algunos extremos fundamentales del contenido jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria requiere la remisión a la doctrina jurisprudencial establecida por los Tribunales que, en su función interpretativa del ordenamiento jurídico, han establecido una serie de criterios respecto a la aplicación del derecho a la protección internacional por motivos

de orientación sexual e identidad de género, de necesario análisis para completar el estudio del régimen jurídico de este derecho.¹²⁵⁴

4.1. El requisito del análisis casuístico de la solicitud de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género

Para el reconocimiento del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado necesario el análisis casuístico de cada supuesto, en función de las circunstancias del contexto social. En la STS de 21 de septiembre de 2012¹²⁵⁵, el Tribunal Supremo resume en dos los criterios determinantes para la concesión del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género:

1. Debe darse un contexto social grave de desprotección y de persecución por motivo de su orientación homosexual.
2. Debe examinarse de forma individualizada para considerar acreditada una persecución por tal razón para que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado¹²⁵⁶.

La doctrina jurisprudencial destaca la relevancia del análisis casuístico requiriendo que se atiendan a las circunstancias individuales de cada situación específica a la hora de determinar si concurren indicios suficientes sobre la existencia de una persecución por razón de la orientación sexual o de la identidad de género del solicitante.

A *sensu contrario*, pueden existir hechos o supuestos que en principio no parecen constitutivos de una persecución protegible, pero que, examinados en

¹²⁵⁴ Véase al respecto el Informe de la COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. EUSKADI. *Persecución por motivos de género y derechos de asilo: del contexto global al compromiso local. El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*. Bilbao, 2009.

¹²⁵⁵ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Sentencia de 21 septiembre 2012. RJ 2012\8940.

¹²⁵⁶ Este análisis casuístico de la solicitud en función del contexto social grave de desprotección y de persecución ha sido también destacado por la sentencia de 16 de junio de 2011 que estimó que: “[...] Se ha de examinar cada caso de forma individualizada y determinar si, en definitiva, puede considerarse acreditada (al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia y a la vista de los elementos probatorios aportados por el solicitante de asilo) una persecución por tal razón que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado.[...]” TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Sentencia de 16 de junio de 2011 RJ. 125/2010.

profundidad, “permiten apreciar una auténtica persecución amparada en la Convención de Ginebra” ¹²⁵⁷. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que no concurrían indicios suficientes para creer en la veracidad del relato de persecución expuesto por un recurrente homosexual de nacionalidad cubana en la Sentencia anteriormente citada, a pesar de que en otra Sentencia anterior, la STS de 13 de diciembre de 2007, sí se había reconocido el derecho de asilo a otro nacional cubano por razón de su orientación sexual, en función de las causas específicas del recurrente. Así señaló el Tribunal que: “[...] valorando casuísticamente las circunstancias concurrentes, consideró que el actor había justificado su condición de homosexual y la exclusión del servicio militar cubano por esa razón, y que el ACNUR había informado que la homosexualidad estaba castigada en Cuba como un delito, sin que, frente a estos datos, constara ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración que permitiera rebatirlos o desvirtuarlos[...].” ¹²⁵⁸.

4.2. Los criterios para la estimación del elemento objetivo: el acto de persecución.

La doctrina jurisprudencial ha reiterado en diferentes ocasiones que para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado es preciso que los actos de persecución expuestos en el relato del solicitante se refieran a hechos dotados de una significativa trascendencia, pues “los acontecimientos puramente episódicos, aislados y/o de escasa relevancia carecen de entidad suficiente para merecer la consideración de una persecución protegible”. ¹²⁵⁹ En este sentido, se pronuncian las STS de 25 de noviembre de 2005 y de 10 de febrero de 2006.

El ACNUR, como se ha destacado en el capítulo IV del presente estudio, ha señalado que “aunque las medidas de discriminación no sean, en sí mismas,

¹²⁵⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico. Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias) 2009-2012. p.11

¹²⁵⁸ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 13 de diciembre de 2007. RJ nº 4529/2004.

¹²⁵⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico J.P. Quintana Carretero.(Coord.) *Op.cit* p.13.

de naturaleza grave, puede producir de todos modos un miedo razonable de sufrir persecución si producen, en la mente de la persona en cuestión, un sentimiento de inseguridad respecto a su futura existencia”¹²⁶⁰. De este modo, el ACNUR establece que los Estados deben atender no sólo a las condiciones sociales o jurídicas de sufrir persecución en el país de origen, como puede ser la posible regulación punitiva de los actos homosexuales, sino que, además, deben atender al temor a sufrir persecución del solicitante. A este respecto, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de octubre de 2009, estimó que “el temor a ser perseguido es un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor”.¹²⁶¹

En este sentido, resulta necesario analizar el valor que nuestros Tribunales han otorgado a la tipificación existente sobre los actos homosexuales mantenidos entre adultos en los sistemas normativos penales del país de origen.

Por una parte, la falta de criminalización oficial en el país de origen ha dado pie a que la Audiencia Nacional, en un primer momento, entendiera que no existe persecución o temor a sufrirla por causa de la orientación sexual o la identidad de género del recurrente.¹²⁶² Afortunadamente, esta postura ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que el hecho de que en el país de origen no sean tipificados como delito los actos homosexuales mantenidos entre adultos no implica que no pueda existir persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género. Destacamos, al respecto, la STS de 30 de noviembre de 2005 que, respecto a un homosexual de Moldavia, en la que el Tribunal Supremo estimó que: [...]

¹²⁶⁰ ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal. Dirección de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. 21 de octubre de 2008.

¹²⁶¹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 9 de octubre de 2009. RJ. 233/2006.

¹²⁶² Así, la sentencia de 4 de julio de 2007, sobre el recurso interpuesto por un hombre homosexual procedente de Croacia, señaló que: [...] Si el recurrente llegó a nuestro país y lo hizo, según su relato, por temor a ser perseguido en su país de origen por razón de su homosexualidad no se entiende la razón ya que en Croacia la homosexualidad está despenalizada e incluso recientemente se ha presentado en el Parlamento una proposición de Ley para legalizar las unión de hecho entre personas del mismo sexo [...] AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Sentencia de 4 de julio de 2007. Recurso número 118/2007

aún después de la derogación de las leyes de represión de la homosexualidad, los ciudadanos de Moldavia con esta orientación afectivo-sexual siguen siendo objeto de malos tratos por las Fuerzas de Seguridad, además de resultar discriminados en diferentes ámbitos de la vida social [...].¹²⁶³

Por otra parte, respecto a las personas LGBTI que provengan de aquellos Estados en los que se criminalicen los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, el criterio general prevalente en la doctrina jurisprudencial española es que aunque el sistema normativo castigue la homosexualidad con penas de cárcel e, incluso, con la pena de muerte, este no es criterio suficiente para determinar el elemento objetivo de la norma; siendo necesario para ello probar indiciariamente la efectiva persecución sobre la persona que presenta la solicitud.

De este modo, el Tribunal Supremo estimó en la Sentencia de 21 de septiembre de 2012 que para que la concesión del derecho de asilo resultara justificada “es preciso que se acredite no solo la situación de inseguridad en el país de origen, sino que ello se manifieste de manera directa sobre el interesado en el sentido que ante tales amenazas no encuentre protección adecuada y suficiente de las autoridades del país; lo que podría resultar de un denuncia o petición del mismo ante dichas autoridades que permitiera valorar la actitud de las mismas y también el alcance subjetivo de la situación”.¹²⁶⁴

Por su parte, la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2008, respecto al recurso de un argelino homosexual, estimó que, a pesar de que en el código penal argelino se criminalicen en tres artículos distintos los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo, “no es razón suficiente para probar que de forma efectiva exista la persecución o el miedo a sufrirla”.¹²⁶⁵

¹²⁶³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. RJ. 6006/2002

¹²⁶⁴ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 21 de septiembre de 2012 .RJ 2012/8941.

¹²⁶⁵ AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª. Sentencia de 7 noviembre 2008.. Recurso número 48440 [...] Así, sabemos que la homosexualidad está castigada en el código penal argelino: la homosexualidad como tal en el artículo 58 (de dos meses a dos años, tres si se practica con menores), la sodomía en el artículo 338 (de dos meses a cinco años) y por último el artículo 333 que penaliza de seis meses a dos años los actos contra la decencia, incluyendo como tales los “actos contra natura entre personas del mismo sexo. No obstante, ninguna de las fuentes consultadas informa si recientemente en Argelia ha sido alguien condenado por alguno de estos delitos. Consultada la International

Esta postura jurisprudencial resulta manifiestamente contraria al espíritu mismo del derecho de asilo creado para dar protección a aquellas personas perseguidas en su propio Estado. El hecho de que un sistema penal criminalice la orientación sexual o la identidad de género de una persona ya debe constituir motivo suficiente para obtener protección internacional partiendo de los siguientes fundamentos:

1. El propio el art.6 de la Ley 12/20009, incluye entre los actos constitutivos de persecución “las medidas legales y administrativas discriminatorias”. Por tanto, las leyes que de forma directa o indirecta sancionen las relaciones o los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo constituyen *per se* un acto de persecución. En este sentido, como denuncia la ILGA, una ley punitiva existente aunque no se aplique por el Estado debe considerarse acto de persecución porque “contribuye a la creación de un ambiente de homofobia permitida por el Estado y un clima hostil estigmatizador de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transexuales”.¹²⁶⁶

2. La mera existencia de un régimen punitivo sancionador posibilita que cualquier agente estatal pueda infligir daño grave contra las personas por su orientación sexual o identidad de género y propicia un ambiente permisivo respecto a las persecuciones y violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes no estatales, en entornos sociales o familiares, contra las personas LGBTI. Además, impide que se pueda solicitar protección ante las autoridades nacionales que, por mandato de la ley, están obligadas a perseguir, sancionar y condenar por los mismos motivos por los que el perseguido pide protección; incurriendo en uno de los supuestos de falta de protección del art.14 de la Ley 12/2009.

3. Esta postura jurisprudencial es, además, contraria al criterio establecido por otros tribunales de países europeos y por lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto. Conviene

Lesbian and Gay Association tampoco nos suministra este dato. Es decir: un homosexual en Argelia puede no tener problemas, la situación no es tal como para considerar que por la mera orientación sexual alguien es, automáticamente, objeto de persecución en Argelia.[...]

¹²⁶⁶ILGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02/05/2012. p. 2.

recordar, como se analiza en el capítulo VI del presente estudio, que el Tribunal de Casación italiano ha estimado que la existencia de normas penales sancionadoras de actos homosexuales (en el caso el art 319. del Código penal de Senegal) constituye *per se* “una condición general de privación del derecho fundamental de vivir libremente la vida sexual y afectiva de cada uno [...] poniendo la condición individual de las personas homosexuales en una situación objetiva de persecución tal que justifica la concesión de la protección solicitada” ¹²⁶⁷. Además, la interpretación realizada por nuestros Tribunales sobre la criminalización de los actos homosexuales en el país de origen deberá adaptarse a los criterios establecidos por el TJUE que, en la reciente Sentencia de 7 de noviembre de 2013, ha estimado que: “la pena privativa de libertad que lleva aparejada una disposición legislativa que tipifica como delito los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, siempre que sea efectivamente aplicada en el país de origen que haya promulgado una legislación de este tipo”¹²⁶⁸ Por tanto, el TJUE estima como requisito la aplicación efectiva de la norma punitiva para ser constitutiva de acto de persecución pero no requiere la aplicación efectiva individualizada sobre el solicitante de protección internacional.

4.3. El requisito de la verisimilitud del relato para la admisión a trámite de las solicitudes de asilo

De acuerdo con SANTOLAYA MACHETTI y MIGUEL PÉREZ-MORENO, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido el criterio de la no exigencia de la prueba en la fase de admisión a trámite, “no siendo necesario aportar prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de la existencia o realidad de las causas que darían lugar al reconocimiento como refugiado”. ¹²⁶⁹ La Sentencia de 21 de abril de 2006 del Tribunal Supremo, de este modo, asentó el requisito

¹²⁶⁷ TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO. Sentencia 15981/2012.

¹²⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTITICA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, sobre los Asuntos acumulados C 199/12, C-200/12 y C 201/12. Véase el Capítulo III en el que se analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹²⁶⁹ SANTOLAYA MACHETTI, P., MIGUEL PÉREZ-MONEO, A. *El derecho de asilo en la jurisprudencia. (Julio 2005-Junio 2006)* CIBOD. 2007 P.200

de la verisimilitud del relato para admitir a trámite la solicitud de asilo, insistiendo en la diferencia respecto del principio de indicios suficientes exigido para la concesión del asilo, analizado en el siguiente epígrafe¹²⁷⁰.

El requisito de la verisimilitud del relato es especialmente significativo para las solicitudes presentadas por personas lesbianas, gays o bisexuales cuya orientación sexual, y la consecuente persecución sufrida o temida por tal motivo, resulta de difícil prueba dado el peligro que implica desarrollar libremente su sexualidad en aquellos países en los que son víctimas de exclusión, criminalización y persecución. Según esta sentencia, para la mera admisión a trámite de la solicitud basta, por lo que se refiere a los requisitos de fondo, que “se describa una persecución y que la solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección”.¹²⁷¹ Así pues, para la admisión a trámite de una solicitud de asilo deben concurrir dos requisitos:

- a) un requisito positivo, respecto a la descripción de una persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género, y
- b) un requisito negativo, respecto a la ausencia de manifiesta falsedad o inverosimilitud.

El propio Tribunal estima, en la citada Sentencia, que: “aunque la diferencia pueda creerse demasiado sutil, no lo es: la Administración -y, derivativamente, los Jueces y Tribunales- no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución y si es o no manifiestamente falso o inverosímil; basta esto para que la solicitud merezca el trámite. En consecuencia, por la mera declaración de sufrir persecución por causa de la orientación sexual e identidad de género del solicitante, salvo manifiesta falsedad o inverosimilitud, la Administración

¹²⁷⁰ El art. 21.b de la Ley 12 /2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece respecto a las solicitudes en puestos fronterizos como supuesto de inadmisión “que la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave”

¹²⁷¹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Sentencia de 21 abril 2006. RJ 2060

estará obligada a admitir a trámite la solicitud, debiéndose justificar los indicios suficientes de veracidad sobre los hechos relatados durante el procedimiento.

En este mismo sentido, la STS de 22 de diciembre de 2006, sobre la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo de una mujer lesbiana de nacionalidad cubana, estimó que, con independencia de las dudas que su relato puede suscitar sobre si hubo o no persecución, “no puede zanjarse con una resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que, por el contrario, debe zanjarse tramitando el procedimiento y decidiendo finalmente si procede o no la concesión del asilo solicitada”.¹²⁷² .

Resulta fundamental, en este sentido, traer a colación la STS de 12 de abril de 2005 que establece los siguientes criterios a para poder apreciar la verisimilitud del relato aportado en la solicitud:

1. La inverosimilitud manifiesta debe resultar de lo que obre en el expediente administrativo, bien de los datos en sí mismos que en éste se contengan, bien del razonamiento que a tal fin haga la Administración.

2. Las posibles dudas sobre si los hechos, datos o alegaciones son, o no, manifiestamente inverosímiles “no permiten trasladar al solicitante la carga de acreditar que no lo son, sino que obliga a la Administración a admitir a trámite la solicitud y llevar a cabo los actos de instrucción que puedan despejarlas”.

3. Por tanto, si las dudas persisten “no le es dable a la Administración dictar una resolución de inadmisión a trámite, sino de apertura de éste a fin de decidir lo que finalmente proceda en la resolución definitiva del expediente”.¹²⁷³

De este modo, en el momento de presentación de solicitud de asilo por haber sufrido o temer sufrir persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género, salvo inverosimilitud manifiesta de los hechos, debe aplicarse una presunción *iuris tantum* de veracidad a favor del solicitante que requerirá el examen posterior de la solicitud y de los indicios presentados; no pudiéndose aceptar el actual rechazo sistemático al que somete la

¹²⁷² TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Sentencia de 22 diciembre 2006. RJ 8186. En relación con los artículos 17 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995 (RCL 1995, 741).

¹²⁷³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª Sentencia 12 de abril de 2005 RC. 5085

Administración a las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género partiendo de una aplicación incorrecta del requisito de verisimilitud de los hechos relatados.

4.4. El principio jurisprudencial de indicios suficientes para la prueba del relato

El reconocimiento tanto del derecho de asilo como de la protección subsidiaria se centra, en una parte esencial, en la valoración subjetiva que sobre el relato expresado por el solicitante realiza la Administración y, en caso de recurso, los Tribunales. Para adecuar los parámetros de la estimación del relato, la doctrina jurisprudencial ha asentado el principio de indicios suficientes; a través del cual es competencia del solicitante probar durante el procedimiento, de forma indiciaria y no necesariamente plena, las circunstancias relatadas por las que solicita la protección internacional.

El Tribunal Supremo, en la STS de 10 de octubre de 2011, ha estimado sobre el principio de indicios suficientes que: “[...] aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, sí es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.[...]”

1274

¹²⁷⁴ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª Sentencia de 10 de octubre de 2011. RC 3933. Igualmente, la sentencia de 29 de septiembre de 2011 se hace eco de la jurisprudencia reiterada en esta materia, estableciendo que: “[...] Las alegaciones del recurrente sobre la carga de la prueba no pueden ser acogidas, pues es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que ni la Convención de Ginebra de 1951 ni la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, establecen que las declaraciones de los solicitantes de asilo gocen de presunción de veracidad. Al contrario, la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo interpreta la normativa de Asilo y Refugio en el sentido de que de la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta. Ciertamente, para la concesión del asilo bastan indicios suficientes del temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es carga del recurrente aportarlos [...]”

Para concretar el contenido de los indicios suficientes, se requiere traer a colación lo dispuesto por la STS de 24 de febrero de 2010, en la que se definen como: "aquellos indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad."¹²⁷⁵

Es destacable, entre otras, la sentencia de 21 de septiembre de 2012, en la que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, manteniendo la falta de indicios suficientes en el relato de un nacional congoleño homosexual a quien, admitiéndosele a trámite la solicitud, tanto el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, como la Audiencia Nacional estimaron la denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por incongruencia en el relato. El Tribunal Supremo estimó que "dado que el recurrente se encontraba desprovisto del menor soporte documental, debería haber desarrollado al menos una actividad probatoria adecuada sobre la situación de su país de origen que permitiera dar por cierto la situación generalizada de hostigamiento social que sufría el colectivo mencionado".¹²⁷⁶

El mismo argumento empleó el Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación de un homosexual procedente de Nicaragua, en la sentencia de 21 de septiembre 2012, a quien se le recriminó la falta de acreditación de indicios suficientes de la persecución relatada por razón de su orientación sexual; estimándose "que no es suficiente la simple referencia a la conflictiva situación del país de origen".¹²⁷⁷

En ella reitera de nuevo el Tribunal Supremo que "es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, la que no es, desde luego, la finalidad de la institución"¹²⁷⁸. Este argumento reiterado en la doctrina jurisprudencial parece revelar, una vez más, el miedo de nuestros operadores

¹²⁷⁵TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª . Sentencia de 24 de febrero de 2011. RC 1156.

¹²⁷⁶TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª . Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 8940.

¹²⁷⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 21 septiembre de 2012. RJ 8941

¹²⁷⁸ *Ibidem*.

jurídicos al abuso del derecho de asilo; lo que en ocasiones ha producido la aplicación del principio de indicios suficientes más que como filtro, entre los relatos veraces y aquellos de falsedad manifiesta, como parapeto que imposibilita un análisis exhaustivo y profundo de la realidad del solicitante.

Dado el alto grado de invisibilidad, ocultismo y estigmatización con el que se vive en algunos países la homosexualidad, la bisexualidad, la transexualidad y la intersexualidad, se hace necesario que tanto la Administración como los Tribunales flexibilicen la rigidez en la exigencia de los indicios. Sería más pertinente, a tenor de la complejidad de la prueba de la orientación sexual del solicitante, y de la consecuente persecución sufrida, por este motivo y por el de identidad de género, la línea jurisprudencial que permite la concesión de la protección internacional, aún a falta de elementos indiciarios, si el relato goza de precisión y coherencia.

Es reiterada la jurisprudencia que admite la posibilidad de tener por cierto el relato del solicitante, aunque el mismo no venga acompañado de prueba alguna que lo sostenga, siempre y cuando concurren una serie de *elementos calificadoros* de la veracidad del relato. Así, el Tribunal Supremo en la STS de 29 de abril de 2011 estimó que: “[...] para que el relato de un solicitante de asilo constituya por sí solo un indicio suficiente de lo expuesto, debe gozar de una precisión, detalle y coherencia tal que permita concluir racionalmente, puesto en relación con la situación social y política del país de origen- que es verosímil aun faltando pruebas añadidas que lo sustenten [...]”¹²⁷⁹

Este mismo criterio ha sido defendido en las SSTS de 18 de diciembre de 2008, de 16 de junio de 2009 y de 30 de octubre de 2009. Conviene traer a colación, a modo de ejemplo, la STS de 16 de febrero de 2009 que sostiene la posibilidad de reconocer la condición de refugiado o la protección subsidiaria, señalando que si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no estén avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:

- Cuando el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición.

¹²⁷⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 29 de abril de 2011. RC.3986 en relación con las STS de 18 de diciembre de 2008, RC 6141/2005, 16 de junio de 2009, RC 1290/2006, y 30 de octubre de 2009, RC 1063/2006

- Si se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes.

- Si las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso.

- Cuando el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así.

- Si se ha comprobado la credibilidad general del solicitante¹²⁸⁰.

5. Las medidas específicas para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género respecto a las garantías del procedimiento y las condiciones de acogida y detención.

Las personas LGBTI que huyen de sus países de origen en busca de protección pueden enfrentarse a vulnerabilidades múltiples en todas las fases del procedimiento de asilo desde que presentan su solicitud hasta que obtienen la resolución de la misma. Es fundamental que nuestro sistema de asilo garantice el cumplimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI sin discriminación alguna garantizando una serie de medidas tanto en relación con el procedimiento como en relación con las condiciones de acogida o detención.

En el desarrollo de la investigación del presente estudio se han realizado entrevistas personales con representantes de los principales colectivos especializados en los derechos humanos de las personas LGBTI, de las organizaciones no gubernamentales e institutos especializados en la protección de los refugiados y con la Delegación del ACNUR en España¹²⁸¹, sobre las

¹²⁸⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª Sentencia de 16 de febrero de 2009.

¹²⁸¹ ARROYO GIL, A. Coordinador Comisión Derechos Humanos COGAM y miembro de la FELTB- Comisión Derechos Humanos y Relaciones Internacionales. ARRÁINZ.J.C.Oficial de Protección de la Delegación del ACNUR en España. DURÁ, J. Coordinador de CEAR-País Valencià. SANTA, J. Psicólogo especializado en temas de género y diversidad sexual. DÍAZ AGUILAR, I. Abogado, Coordinador del Observatorio Europeo para al Asilo y antiguo

condiciones del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual o identidad de género y sobre las condiciones de acogida de los solicitantes LGBTI. Del análisis de la investigación se deducen las siguientes deficiencias en nuestro sistema de asilo:

- La falta de incorporación transversal de cuestiones de orientación sexual e identidad de género en el desarrollo de las funciones de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior.
- La falta de medidas específicas que garanticen la seguridad y confidencialidad en el registro de las solicitudes de protección internacional. Mecanismos de identificación de personas LGBTI y de sus necesidades particulares médicas, psicológicas, jurídicas y de integración social inexistentes.
- La falta de previsión de medidas específicas en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Internamiento de Extranjeros en relación con la seguridad, la confidencialidad, los recursos médicos y psicológicos necesarios y las medidas individualizadas de integración social.
- La posible incursión en prejuicios, estereotipos sociales y preguntas intrusivas en la realización del registro de la solicitud por miembros de la policía, así como la realización poco frecuente de entrevistas personales por el personal de la OAR, en función del criterio de cada funcionario.
- La falta de capacitación profesional sobre cuestiones de género y de diversidad sexual del personal integrante del procedimiento: miembros de la policía, abogados, asistentes jurídicos, intérpretes, personal de los Centros de Acogida a Refugiados (CAR), personal de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) y del personal de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio de Interior (OAR)
- La falta de programas de sensibilización y de recursos de información y divulgación sobre cuestiones de orientación sexual e

identidad de género entre los solicitantes de asilo y las comunidades de refugiados.

A continuación, a modo de propuesta, se presentan una serie de medidas específicas para superar las deficiencias del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida en relación con las necesidades particulares de los solicitantes LGBTI.

5.1. Medidas para garantizar la transversalidad del género y de la diversidad sexual en el desarrollo de las competencias de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior.

De acuerdo con el art 3 del Reglamento de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, entre las funciones de la Oficina de Asilo y Refugio se incluyen:

- la instrucción del procedimiento para la concesión de asilo,
- la construcción del soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio,
- la notificación a los interesados las resoluciones de las solicitudes,
- la información y orientación a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes,
- la proposición al Ministro de Justicia e Interior, a través del Director general de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo, las inadmisiones a trámite de solicitudes de asilo,
- la información periódica a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio de las inadmisiones acordadas y de los criterios aplicados
- La remisión al representante del ACNUR en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España

Para que el derecho de asilo y a la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género sean reconocidos respetándose las garantías procesales que asisten a los solicitantes LGBTI, resulta necesario que en la Oficina de Asilo y Refugio se integre de forma transversal las cuestiones de género y de diversidad sexual.

En este sentido, y partiendo de los diferentes informes y recomendaciones realizados a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo por colectivos y ONGs especializados tanto en la promoción de derechos humanos de las personas LGBTI como en la protección de los refugiados¹²⁸², la Oficina de Asilo y Refugio podría adoptar una serie de medidas para incorporar dicha transversalidad del género y de la diversidad sexual en el desarrollo de sus competencias.

En primer lugar, resultaría conveniente la capacitación de especialistas en cuestiones de género y de diversidad sexual. La estructura de la OAR debería formar especialistas en género y diversidad sexual responsables de la transversalidad de estas cuestiones en toda la labor de la Oficina, especialmente en la elaboración de la información de los países de origen y en la formación interna del personal.¹²⁸³ Además, la OAR podría designar a un experto en cuestiones de género y diversidad sexual, tanto en la OAR como en Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, responsable de abordar asuntos relacionados con los la orientación sexual y la identidad de género¹²⁸⁴.

En segundo lugar, la OAR podría desarrollar alianzas formales de trabajo con la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores¹²⁸⁵, especialmente para la recopilación de la información de los países de origen y en relación con la capacitación de todo el personal integrante del procedimiento de asilo. Además, sería recomendable la

¹²⁸² AMNISTÍA INTERNACIONAL, ILGA EUROPE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY. *Engendering the European Asylum Support Office*. Mayo 2011.

¹²⁸³ Destaca, a modo de ejemplo, el nombramiento, en la Oficina del Comisario General para los Refugiados y las Personas Apátridas de Bélgica, de un coordinador responsable de las cuestiones de género (derechos de la mujer, orientación sexual e identidad de género) que se encarga de definir las directrices respecto al trámite de las solicitudes LGBTI y de asistir y formar en estas cuestiones a las diversas secciones geográficas. COMMISSARIAAT-GENERAL VOOR DE VLUCHTELINGEN EN DE STAATLOZEN. <http://www.cgvs.be/nl/>

¹²⁸⁴ La actual estructura de la Oficina de Asilo y Refugio responde a la organización y especialización del personal por sectores geográficos. No existe ningún punto de contacto o especialista en concreto sobre cuestiones de género y diversidad sexual

¹²⁸⁵ Entre las prioridades de la Oficina de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, destacan la lucha contra la discriminación por razón de género y los defensores de derechos humanos. Sin embargo, en la información aportada en la página web en las "fichas país" no se abordan las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS, MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. Disponibles en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Paginas/Prioridades.aspx>

realización de reuniones consultivas periódicas con las principales ONGs y con los colectivos especializados en derechos humanos de las personas LGBTI y en la protección de los refugiados, tales como la FELGTB (Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) y CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado) para abordar cuestiones de género y de diversidad sexual y para el desarrollo y la aplicación de los programas formativos de capacitación.

En tercer lugar, convendría destinar una partida presupuestaria para cuestiones de género, que garantice los recursos necesarios el desarrollo de las competencias del experto en género y diversidad sexual y para la capacitación de todo el personal integrante del procedimiento de asilo. Del mismo modo, sería pertinente realizar evaluaciones periódicas del trabajo de la OAR respecto a la transversalidad del trabajo sobre género y diversidad sexual.

En cuarto lugar, se debería incluir un apartado específico sobre cuestiones de género (derechos de la mujer, orientación sexual e identidad de género) en las Memorias Anuales de la OAR, donde claramente se identifiquen los datos estadísticos sobre el número de solicitudes presentadas, el número de solicitudes admitidas e inadmitidas, el número de solicitudes que han obtenido el reconocimiento del derecho de asilo, de la protección subsidiaria, o de razones humanitarias, y el número de solicitudes que han sido denegadas. Todo ello tomando como indicadores la orientación sexual, la identidad de género y la intersexualidad, por una parte, y el género, la edad y la nacionalidad de los solicitantes, así como el lugar donde se presenta la solicitud, por otra¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶ Como se indica en el Capítulo V, como parte de la labor de investigación del presente estudio, se solicitó la colaboración a la Diputada por Madrid M^o Ángeles Álvarez Álvarez, perteneciente al Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, para que, al amparo del art.185 y siguientes del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, pudiera formular al Gobierno una pregunta parlamentaria sobre la materia. El 12 de junio de 2013 fueron admitidas dos preguntas a trámite parlamentario: ¿Informa el Gobierno a través de algún canal sobre los derechos que asisten a las personas migrantes que sufren persecución en otros estados por su orientación sexual, identidad de género o como consecuencia de las leyes y costumbres discriminatorias hacia las mujeres (violencia de género? ¿Tiene el Gobierno conocimiento de registros estadísticos, a nivel europeo, relacionados con el derecho de asilo por motivos de orientación sexual, identidad de género o violencia de género?. GRUPO PARLAMENTARIO DEL PSEO. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, A. Diputada por Madrid. Preguntas parlamentarias admitidas a trámite por la Mesa del Congreso el 12 de junio de 2013. 6-I-cct-56/ 6-I-cct-57

Por último, se podrían revisar y adaptar los programas de capacitación técnica tanto del personal de la OAR como los previstos por estos para el resto personal integrante del procedimiento de asilo, y desarrollar un *Manual de conducta y de buenas prácticas*, desde el Enfoque Basado en Derechos Humanos, inclusivo de los principales instrumentos jurídicos internacionales, comunitarios y nacionales de derechos humanos y de las Directrices y Notas del ACNUR sobre orientación sexual e identidad de género, destinado a todo el personal integrante en el procedimiento de asilo.

5.2. Medidas específicas en el registro de solicitudes y en la identificación de los solicitantes de protección internacional.

De acuerdo con el art.4 del vigente Reglamento de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, las solicitudes de protección internacional en España se pueden efectuar ante la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), en los puestos fronterizos de entrada al territorio español (aeropuertos, puertos, fronteras terrestres), en las Oficinas de Extranjeros, en las Comisarías Provinciales de Policía o de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior y en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

Para poder propiciar un ambiente de registro respetuoso con la orientación sexual e identidad de género de los solicitantes, se deben tener en cuenta tres factores fundamentales:

1. La seguridad. Como ha denunciado el ACNUR: “las personas LGBTI están en alto riesgo de sufrir malos tratos de parte de otros refugiados, en las instalaciones de recepción o cerca de ellas”¹²⁸⁷. Además, si son detenidas comúnmente temen revelar al personal su orientación sexual, su identidad de género o su anatomía diferente de los estándares. Para ello, resulta esencial el establecimiento de mecanismos de identificación y registro explícitos y apropiados. En este sentido, conviene recordar que la Directiva 2013/32/UE, sobre

¹²⁸⁷ ALTO COMISIONADO LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. ACNUR. *El trabajo con personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales durante el desplazamiento forzado*. 2011.p.10

procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, obliga a nuestro legislador a incorporar mecanismos de identificación, debiéndose identificar a los solicitantes de asilo que necesiten de las garantías especiales, determinar la naturaleza de dichas necesidades y atenderlas de forma adecuada estableciendo unos procedimientos sensibles a la orientación sexual y a la identidad de género del solicitante (art.2.d).

2. La confianza. Las personas LGBTI que han sufrido persecución en sus países de origen y, en muchas ocasiones, en los países de tránsito, pueden tener miedo a compartir su orientación sexual o identidad de género al llegar a nuestras fronteras. El ACNUR aconseja que “para ganar su confianza, el personal debe crear un ambiente de registro seguro y confidencial.”¹²⁸⁸ Para ello se hace necesario trabajar junto con los colectivos y organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos humanos de las personas LGBTI en las labores de identificación y asistencia. Además, se pueden tomar medidas específicas para generar un ambiente de mayor confianza; como realizar reuniones separadas, proporcionar información en los lugares que las personas LGBTI consideran seguros y colocar carteles dirigidos a la población LGBTI en áreas de recepción.

Al respecto, el art.5 del aún vigente Reglamento de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, establece que: “la Administración, en colaboración con el ACNUR y las organizaciones no gubernamentales que tengan entre sus objetivos la ayuda a refugiados, elaborará un folleto con toda la información útil para los solicitantes de asilo en varios idiomas.” Es importante que en estos folletos se detallen los derechos de las personas LGBTI y los principales colectivos y organizaciones no gubernamentales que trabajan en el sector. Además, de acuerdo con el citado precepto: “este documento debe estar disponible en las dependencias donde poder solicitar protección internacional y debe ser entregado a los solicitantes en el momento de

¹²⁸⁸ *Ibidem.* p.9

formular la solicitud con el fin de que entren en contacto con las organizaciones que estimen oportunas”¹²⁸⁹.

3. La privacidad. Las medidas de difusión y de registro deben ser respetuosas con la privacidad de los solicitantes LGBTI que, en todo momento, tienen derecho al respeto a su intimidad privada y, por tanto, a que su orientación sexual o identidad de género no sea revelada. Ni la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ni el Reglamento de Asilo vigente, contemplan la cuestión de la privacidad de los solicitantes de protección internacional. Sin embargo, la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece en su art.48 que “los Estados miembros asegurarán que las autoridades encargadas de la aplicación de la presente Directiva estén obligadas por el principio de confidencialidad, definido en el Derecho nacional, en relación con la información que obtengan en el curso de su trabajo”.

5.3. Medidas específicas en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Internamiento de Extranjeros en relación con la orientación sexual y la identidad de género

Los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género son personas vulnerables que requieren de una serie de medidas específicas tanto en los centros de acogida como en los centros de detención. De acuerdo con el ACNUR, “la acogida y detención de los solicitantes de asilo LGBTI en el país de origen o de tránsito les posiciona en un elevado riesgo de sufrir discriminación, violencia y lesiones, incluida la agresión sexual”¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ ESPAÑA. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. art.5.

¹²⁹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS.ACNU. *The protection of Lesbian, Gay, Biseual, Transgender and Intersex Asylum-seekers and Refugees*. Discussion Paper. División de Protección Internacional. 22 de septiembre de 2010. Ginebra. par.34. p.10

Según lo dispuesto por la Resolución de 6 julio 1998¹²⁹¹, que aprueba el Estatuto Básico de los Centros de Acogida a Refugiados del IMSERSO y desarrolla la Orden 13-1-1989, que los regula¹²⁹², “los Centros de Acogida a Refugiados (CAR) son establecimientos públicos destinados a prestar alojamiento, manutención y asistencia psicosocial urgente y primaria, así como otros servicios sociales encaminados a facilitar la convivencia e integración sociocomunitaria a las personas que soliciten asilo u obtengan la condición de refugiado o desplazado en España y que carezcan de trabajo o de medios económicos para atender sus necesidades y las de su familia” (art.2).

Los beneficiarios de los centros, en cuanto usuarios, son titulares de una serie de derechos y de obligaciones, pudiendo hacer uso de las instalaciones y servicios de los mismos, respetando la normativa específica establecida en el Reglamento de Régimen Interior de cada CAR. Así el art.19 de la Resolución establece, entre otros, los derechos de los beneficiarios a:

- La información y asesoramiento sobre cuantos aspectos pudieran ser de interés.
- El alojamiento y la manutención durante el período de permanencia en el centro como residentes.
- Los servicios encaminados a la mejora, prevención y tratamiento, en su caso, de los problemas de salud física y psíquica que puedan ser objeto de atención.
- Las orientaciones encaminadas a favorecer la sustanciación del expediente de asilo, avance administrativo del mismo y agilización administrativa cuando sea necesario. Proporcionar la información al usuario cuando éste lo requiera.

¹²⁹¹ Resolución de 6 julio 1998, que aprueba el Estatuto Básico de los Centros de Acogida a Refugiados del IMSERSO y desarrolla la Orden 13-1-1989. BOE 7 agosto 1998, núm. 188/1998

¹²⁹² La Orden de 13 de enero de 1989 («Boletín Oficial del Estado» de 2 de febrero) regula la naturaleza, los servicios, modalidad de beneficiarios y duración de la estancia en estos centros. Sin embargo como subraya el Preámbulo de la Resolución: “La experiencia adquirida durante estos últimos años y los profundos cambios que se han producido en la estructura del colectivo de solicitantes de asilo y en la normativa aplicable han obligado a elaborar un Estatuto Básico de los Centros de Acogida a Refugiados que ordene y regule la normal convivencia en los centros y adapte sus objetivos y funcionamiento interno a las nuevas demandas y planteamientos del Asilo en España y a diferentes criterios de gestión y participación de los propios beneficiarios.”

- El asesoramiento profesional, información del mercado de trabajo, contactos previos profesionales y consulta del mundo laboral, en su caso, que puedan proporcionar una base previa para la futura integración a este nivel.
- La colaboración con la Administración competente en la búsqueda y tramitación de permisos de trabajo en los supuestos que legalmente sea posible.
- Las acciones encaminadas a favorecer la integración social, el contacto con el medio y la inserción a nivel comunitario (asociación de vecinos, grupos culturales, deportivos, etc., existentes en el barrio).
- El establecimiento o formación de grupos de actividad integrada en el propio CAR, participación de usuarios, actividades de ocio y tiempo libre, acciones favorecedoras del apoyo mutuo y de la autoestima en todas sus vertientes y en relación con la sociedad de acogida.
- El seguimiento de la situación social de personas ingresadas que hubieran obtenido la condición de refugiado o desplazado.
- Todas aquellas actividades necesarias orientadas a la integración sociocomunitaria de los beneficiarios.

Todos estos derechos resultan imprescindibles para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género que, debido a su situación de vulnerabilidad, pueden ser objeto de discriminación y pueden encontrar dificultades de integración en la sociedad de acogida. La Resolución de 6 de julio de 1998, no recoge en ningún apartado las medidas específicas que requieren las personas vulnerables. Si bien, en el art.13 se establece como causa de prioridad para el acceso a los CAR a “las personas con riesgos especiales de carácter psicosocial”.

Tampoco el vigente Reglamento de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, establece medidas específicas para los solicitantes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad. Tan solo, en el art.15, respecto al derecho a los servicios sociales, educativos y sanitarios prestados por las Administraciones públicas competentes establece, en el tercer inciso, que: “las solicitudes formuladas por familias monoparentales, ancianos, minusválidos y *otros grupos vulnerables de población* serán consideradas conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales

que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada”.

En este sentido, y a falta de concreción de las medidas específicas que requieren las personas LGBTI acogidas y/o internadas, conviene recordar que de acuerdo con la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros, nuestra legislación debe incorporar:

1. Mecanismos de identificación de las necesidades especiales de acogida de las personas LGTBI que aseguren que sus derechos fundamentales están plenamente garantizados y estableciendo garantías específicas que restringen su detención.

2. Medidas adecuadas para prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales, en los locales y centros de acogida (art. 18.4).

3. La prestación de tratamiento y asistencia médicos y psicológicos para las personas LGTBI que han sufrido serios actos de violencia física, psíquica o verbal o torturas o tratos y penas inhumanos o degradantes por su orientación sexual o identidad de género (art.21). Además, es fundamental garantizar el acceso al tratamiento médico, y hormonal, a las personas transgénero.

4. La formación apropiada y continua para aquellas personas que trabajen con personas LGBTI y el establecimiento de unas garantías de confidencialidad (art.32). La formación de los trabajadores en materia de género y diversidad sexual es esencial para evitar prejuicios y supuestos de discriminación y capacitar al personal para detectar y abordar situaciones de homofobia, bifobia o transfobia, asegurando las necesarias medidas de confidencialidad.

Por último, es necesario que se incorporen programas de sensibilización tanto en los centros de acogida como en los CIEs destinados a todos los acogidos y/o detenidos. La realización de talleres formativos sobre cuestiones de diversidad sexual y género y la facilitación de material divulgativo (posters, postales, tarjetas informativas) persigue los siguientes efectos positivos: informar a los detenidos y/o acogidos de los derechos de las personas LGBTI, de entre ellos del derecho de asilo, evitar supuestos de discriminación y

violencia y sensibilizar a toda la comunidad de refugiados con los consecuentes beneficios para su integración en la sociedad de acogida como para su retorno a sus países de origen, si procede.

5.4. Medidas específicas para la realización de la entrevista a los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género

La entrevista personal es un trámite imprescindible para que el perseguido por su orientación sexual e identidad de género pueda relatar las circunstancias sufridas y para que la Administración pueda valorar la credibilidad del relato y la concurrencia de indicios suficientes para reconocer la condición de refugiado o, en su caso, de la protección subsidiaria.

Por regla general, son los agentes de la policía los responsables de registrar la solicitud de protección internacional, que incorpora los términos del relato, planteando una serie de preguntas genéricas al solicitante, procediendo a dar trámite a la solicitud al personal de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) responsable de la instrucción de las solicitudes de protección internacional. En la práctica, sólo en aquellos supuestos en los que el personal de la OAR tiene serias dudas sobre la verisimilitud del relato se plantea la posibilidad de celebrar una entrevista personal con el solicitante y siempre en función del criterio del responsable del área geográfica de la que proviene el solicitante.

La Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece como obligatoria la entrevista personal al solicitante. Para ello, de acuerdo con el art.15.3 de la norma comunitaria, “la persona responsable de celebrar la audiencia deberá ser suficientemente competente para tener en cuenta las circunstancias personales o generales de la solicitud, incluidas las raíces culturales, el género, la orientación sexual, la identidad de género o la vulnerabilidad del solicitante”.

La formación del entrevistador es, por tanto, clave para que el solicitante pueda expresar su realidad sin sufrir prejuicios, discriminación o intimidación y para que, desde la confidencialidad y el respeto a la privacidad del solicitante, este pueda expresar libremente los motivos por los que ha sufrido persecución. El ACNUR ha denunciado que, en términos generales, “los solicitantes LGBTI

se enfrentan a menudo a preguntas invasivas, a una significativa falta de confidencialidad y de privacidad en las entrevistas y a los prejuicios de los intérpretes que participan en el procedimiento”¹²⁹³. Conviene recordar que los solicitantes LGBTI deben exponer ante los miembros de la policía que han sido perseguidos por su orientación sexual e identidad de género, algunos siendo víctimas de abusos, violaciones y agresiones sexuales.

En muchas ocasiones, los solicitantes por motivos de orientación sexual no se identifican como personas lesbianas, gays, bisexuales o transexuales o temen hacerlo en el momento de la solicitud del asilo. Además, a diferencia de lo que les ocurre a los solicitantes de protección internacional por otros motivos de persecución, los solicitantes LGBTI se enfrentan a la “generalizada cultura de la desconfianza respecto a las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, como estiman BERG y MILLBANK.¹²⁹⁴ Para asegurar la competencia de los responsables de realizar la entrevista, sería recomendable el establecimiento, como se ha destacado previamente, desde la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, de un *Manual de conducta y buenas prácticas*, inclusivo de técnicas y garantías para realizar entrevistas de forma sensible a las cuestiones de género y de diversidad sexual.

El reto del entrevistador es poder obtener los suficientes elementos de juicio para el reconocimiento de la protección internacional, pero garantizando el respeto a la intimidad del solicitante y el resto de garantías fundamentales que le asisten y sin caer en prejuicios o estereotipos sociales.

De este modo, siguiendo los criterios establecidos por el ACNUR así como los informes temáticos publicados por el Consejo de Europa y por la Unión Europea, analizados en capítulos previos del presente estudio, para acreditar la verisimilitud del relato de una persona lesbiana, gay o bisexual, el entrevistador podría realizar preguntas sobre aspectos de la orientación sexual del solicitante: formas de vivenciar y aceptar la orientación sexual, personas con las que ha hablado sobre su orientación sexual, posibles relaciones afectivas,

¹²⁹³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS.ACNU. *The protection of Lesbian, Gay, Biseual, Transgender and Intersex Asylum-seekers and Refugees*. Discussion Paper. División de Protección Internacional. 22 de septiembre de 2010. Ginebra. par.31 p.10

¹²⁹⁴ BERG. L et MILLBANK, J. “Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants” *Journal of Refugee Studies*, Vol. 22, N°2, p.217.

posible participación en grupos y asociaciones existentes, posibles reacciones de su entorno o de sus familiares al conocer su orientación sexual, aspectos de la exposición de la persecución sufrida, teniendo en cuenta que no puede exigir la existencia de pruebas que acrediten el relato dada la dificultad o imposibilidad de escapar con ellas. Debe evitar, sin embargo, las preguntas sobre las prácticas sexuales al solicitante por ser intrusivas e innecesarias y, además, por “dificultar que el solicitante se encuentre con la suficiente confianza para narrar aspectos esenciales de la persecución”¹²⁹⁵.

Respecto a los solicitantes de protección internacional bisexuales, el entrevistador debe estimar las posibles relaciones afectivas con hombres y/o con mujeres teniéndose en cuenta, por una parte, que el hecho de haber tenido relaciones sexuales con mujeres o estar casado con ella no evita que pueda sufrir persecución por haber mantenido relaciones sexuales con hombres, y, por otra, que es probable que algunos solicitantes prefieran identificarse como bisexuales antes de como homosexuales, gays o lesbianas, a consecuencia de una posible homofobia internalizada.

Para poder acreditar la verisimilitud del relato de una persona transgénero, se pueden aportar pruebas del tratamiento médico, hormonal o quirúrgico, pero no siempre es factible, sobre todo si provienen de países en donde el tránsito de género no es posible. Se debe tener en cuenta que las personas transgénero, aunque sean heterosexuales, “pueden haber sufrido o pueden temer sufrir persecución no sólo por motivo del género sino también por la orientación sexual percibida socialmente de forma errónea”¹²⁹⁶.

En cualquier caso, deben evitarse estereotipos sociales y prejuicios. La apreciación de la orientación sexual de una persona no debe relacionarse con la apreciación del grado de masculinidad o feminidad de la misma. El hecho de que estén casados/as con personas del sexo opuesto e, incluso, que tengan hijos, no determina la orientación sexual del solicitante. Y debe tenerse en

¹²⁹⁵ U.S. CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES. RAIO. *Combined Training Course: Guidance for Adjudicating Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Intersex (LGBTI) Refugee and Asylum Claims*. Marzo de 2012. Disponible en: <http://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Humanitarian/Refugees%20%26%20Asylum/Asylum/Asylum%20Native%20Documents%20and%20Static%20Files/RAIO-Training-March-2012.pdf>. p.6

¹²⁹⁶ *Ibidem*.p.7

cuenta la posible timidez o miedo del solicitante, que puede no encontrar la confianza para narrar un elemento tan íntimo de su personalidad.

Por último, conviene subrayar que el intérprete que asista en la traducción también debe de seguir un comportamiento respetuoso con la orientación sexual e identidad de género del solicitante y garantista de la confidencialidad del relato. A estos efectos, sería conveniente que los intérpretes que participan en el procedimiento de asilo, igual que el resto del personal, adquirieran una formación especializada en género y diversidad sexual.

5.5. Medidas de formación al personal integrante del procedimiento de asilo sobre cuestiones de género y de diversidad sexual.

Por último, conviene destacar que la formación en materia de diversidad sexual e identidad de género es fundamental para todo el personal integrante del procedimiento de asilo. Tanto la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, en el art. 1.5.3, como la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros, en el art.32, obligan desarrollar programas de formación tanto al personal que celebre las audiencias y entrevistas con el solicitante como a los trabajadores en los centros de acogida y de detención.

En la actualidad, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo no dispone de cursos específicos de formación sobre género y orientación sexual. De hecho, la actual Estrategia de Capacitación de la OEAA no incorpora de forma transversal las cuestiones de género y de diversidad sexual en la capacitación técnica del personal de la OEAA.¹²⁹⁷ Tampoco se han publicado programas de

¹²⁹⁷ La Estrategia de Formación de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo destaca los principios y procedimientos que guían a la OEAA en la ejecución de los programas de capacitación de acuerdo con el art. 6. del Reglamento 439/2010, de 19 Mayo de 2010, por el que se establece la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO. *EASO Strategy Training*. Disponible en: <http://easo.europa.eu/wp-content/uploads/EASO%20Training%20strategy.pdf>

capacitación técnica por parte de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior¹²⁹⁸.

En términos generales, los programas de capacitación para el personal integrante en el procedimiento de asilo (miembros de la policía, abogados, asistentes jurídicos, intérpretes, trabajadores de los CAR, trabajadores de los CIE, personal de la OAR) deberían incluir los siguientes apartados:

- Aspectos psicológicos y sociológicos de diversidad sexual e identidad de género: terminología, estereotipos, prejuicios, situación internacional, supuestos de múltiple discriminación/vulnerabilidad.
- Aspectos jurídicos: Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Derecho de la UE sobre el asilo, Derecho Internacional Público (Convención de Ginebra de 1951, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Notas y Guías del ACNUR).
- Aspectos técnicos: capacitación sobre metodología, elaboración y obtención de la Información de País de Origen bajo parámetros objetivos, coherentes y fiables.
- Aspectos de intervención social: técnicas para el tratamiento a las personas vulnerables, superación de prejuicios, establecimiento de la confianza y normas de confidencialidad.

¹²⁹⁸ A falta de programas públicos de capacitación técnica sobre género y diversidad sexual sirva de referencia el programa realizado por los Servicios de Inmigración y Ciudadanía de los Estados Unidos realizados con la organización RAIO sobre los solicitantes de asilo LGBTI. U.S. CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES. RAIO *Combined Training Course: Guidance for Adjudicating Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Intersex (LGBTI) Refugee and Asylum Claims.*

CONCLUSIONES

A lo largo del estudio del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, hemos intentado aportar del análisis crítico de la práctica internacional, europea y nacional, así como de la doctrina especializada, una serie de elementos para fundamentar la pertinencia de este derecho y para ofrecer unos criterios que contribuyan a la mejora de su regulación jurídica y de las garantías del procedimiento. Las consideraciones finales a las que hemos llegado tras la realización del presente trabajo son las siguientes:

1) En todas las regiones del mundo las personas LGBTI son víctimas de la transfobia, la bifobia y la homofobia. Del análisis del tratamiento de la orientación sexual y de la identidad de género existente en cada región, deducimos que las vulneraciones de los derechos humanos por estos motivos pueden abarcar desde los asesinatos, las violaciones y las agresiones físicas, las torturas, las detenciones arbitrarias, la exclusión en el reconocimiento de los derechos de reunión, expresión e información hasta la discriminación en el ejercicio de los derechos sociales de empleo, salud y educación.

Sin embargo, observamos que el registro de los supuestos de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, es impreciso e indeterminable debido, por una parte, a que pocos Estados disponen de mecanismos de denuncia, registro y documentación de este tipo de crímenes de odio y, por otra, al miedo que pueden sufrir las víctimas LGBTI a las consecuencias de visibilizar su orientación sexual e identidad de género y a la ineffectividad de la protección del Estado.

Por otra parte, en la actualidad, en 76 países existen leyes que criminalizan a las personas por su orientación sexual o su identidad de género con sanciones que abarcan desde la multa o la pena de cárcel hasta la pena de muerte. Como hemos establecido en el Capítulo I del presente estudio, la penalización de los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo procede de una aplicación estricta de la ley islámica, la Sharia, y de los vestigios jurídicos utilizando en algunos casos términos jurídicamente no

determinados como “moralidad”, “libertinaje” o “contra natura” procedentes de la época colonial.

Además, resaltamos que las personas LGBTI también son perseguidas por parte de los miembros de la familia o la comunidad en general a través de los denominados crímenes de honor, entendidos éstos como aquellas amenazas de violencia física grave o incluso aquellos asesinatos, cometidos en nombre del "honor" contra aquellas personas que por su orientación sexual y/o identidad de género se enfrentan a las normas y los valores sociales. En especial riesgo se encuentran las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero debido a las desigualdades de género que restringen la autonomía en la toma de decisiones sobre la sexualidad, la reproducción y la vida familiar.

2) Los derechos humanos universalmente reconocidos deben ser garantizados sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. El art.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". A pesar de que ni la orientación sexual ni la identidad de género se mencionan expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos, desde que en 1994, en *Toonen c. Australia*, el Comité de Derechos Humanos estableció que los Estados estaban obligados a proteger a las personas de la discriminación por razón de su orientación sexual, el resto de Comités creados en virtud de tratados de derechos humanos han reconocido paulatinamente la extensión del principio de no discriminación a los motivos de orientación sexual e identidad de género.

Por su parte, aunque el Convenio Europeo no mencione expresamente la orientación sexual ni la identidad de género, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido la inclusión de estas causas dentro de la cláusula de no discriminación del art. 14. El análisis de la misma nos recuerda cómo en tan pocas décadas hemos avanzado en la lucha de los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas LGBTI, siendo el primer órgano internacional en señalar que la normativa sancionadora contra la orientación sexual supone en sí misma una violación de los derechos humanos en la sentencia *Dudgeon contra Reino Unido* de 1981. En este mismo sentido, destacamos el papel de los informes del Comisario para los Derechos

Humanos y la interpretación inclusiva de los motivos de orientación sexual e identidad de género que del art. E de la Carta Social Revisada ha realizado la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

En el Derecho de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa garantiza una explícita protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI a través de un mandato jurídico doble. Por una parte, establece la prohibición de discriminar por motivos de sexo o de orientación sexual, tomando la igualdad como valor jurídico y social. Al entrar en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales con el Tratado de Lisboa, este principio adquiere fuerza vinculante y, en función de los principios de primacía y de efecto directo, condiciona la obligatoriedad de las normas nacionales y es invocable ante los tribunales de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa, además, introduce la obligación positiva de luchar contra la exclusión social y la discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual, a partir de la atribución explícita de competencia por parte de los Estados miembros a la Unión en esta materia que le ha llevado a adoptar normas vinculadas a los ámbitos laboral, educativo y sanitario.

A nivel nacional, tres son los principales factores que, en nuestra opinión, han propiciado el reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico: la obra legislativa de la Unión Europea, la legislación autonómica y las fuertes reivindicaciones del movimiento asociativo. En consecuencia, nuestra legislación ha experimentado modificaciones para ofrecer una protección efectiva a las personas LGBTI y para garantizar la igualdad de derechos en los ámbitos penal, civil y laboral. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional estima incluidos en el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art.14 CE los motivos de identidad de género y de orientación sexual, como *condiciones o circunstancias personales o sociales* susceptibles de protección sobre la dignidad de la persona reconocida en el art.10.1.CE.

3) El derecho a la protección internacional, inclusiva del reconocimiento del estatuto de refugiado, de la protección subsidiaria y de la protección por razones humanitarias, debe concebirse como un derecho humano cuya

titularidad corresponde al perseguido. A pesar de que la doctrina constitucionalista mantiene abierto el debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho de asilo, reconocido en el art. 13.4 CE, la configuración tradicional del derecho de asilo como un derecho del Estado a conceder dicha protección internacional en el ejercicio de su soberanía territorial ya ha sido superada por el propio desarrollo jurídico del Derecho internacional público y, en especial, del Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, entendemos que el derecho a la protección internacional debe concebirse como un derecho humano, subjetivo, personalísimo y fundamental cuyo reconocimiento queda vinculado al reconocimiento de otros derechos humanos como el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad.

Sin embargo, la política de asilo de la Unión Europea se presenta como una política altamente embebida por la política migratoria de la Unión Europea, que lamentablemente responde a una perspectiva más economicista de control de flujos que a una política humanitaria y de desarrollo. A nuestro parecer, la política de asilo de la UE es víctima del *proceso de securitarización* que adolece la política migratoria de la Unión Europea. La preocupación manifiesta del legislador comunitario del abuso del derecho de asilo por migrantes económicos y el temor de los Estados miembros a un uso indebido del proyectado espacio de libertades por el crimen internacional han propiciado a la emergencia de una acción comunitaria restrictiva respecto del derecho humano a la protección internacional.

En relación con la política de asilo de España, el análisis de los datos estadísticos manifiesta las dificultades existentes para poder ejercitar el derecho de asilo en nuestro Estado y la ineficacia de nuestro sistema que se presenta incapaz de responder ante el mandato de las obligaciones derivadas de los compromisos jurídicos adquiridos en la comunidad internacional. Resulta cuanto menos paradójico que, siendo España el Estado europeo más próximo a África, sea al mismo tiempo uno de los países de la Unión Europea que menos solicitudes recibe. La razón de ser de esta paradoja reside en el cierre indiscriminado de fronteras que imposibilita tanto a los perseguidos ejercer su derecho humano a la protección internacional como a nuestro Estado a cumplir con los compromisos internacionales, europeos y constitucionales de promover, proteger y garantizar el ejercicio de todos los

derechos humanos, incluidos, entre ellos, el derecho a la protección internacional. Además, a la luz del análisis de los datos de las solicitudes, deducimos que España no persigue una política de asilo coherente con el principio de solidaridad impuesto por la Unión Europea y propugnado asimismo por el Preámbulo de la Constitución española.

4) De acuerdo con el art. 1.A.2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 para el reconocimiento del estatuto de refugiado el solicitante debe tener un fundado temor a ser perseguido por uno de los cinco motivos que la disposición establece: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Tanto la Directiva 2011/95/EU de Reconocimiento como la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria reconocen la orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución, en tanto que las personas de una determinada orientación sexual o identidad de género podrían conformar un grupo social determinado. Para acreditar la pertenencia a un determinado grupo social se establecen dos criterios, el de la característica innata o inmutable común y el de la percepción social de la identidad diferenciada, que deben operar de forma alternativa y no acumulativa.

A nuestro juicio, el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género en los ordenamientos comunitario y nacional se ha realizado de forma discriminatoria incurriendo en graves restricciones que deberían ser subsanadas en el ulterior desarrollo de la normativa.

Por una parte, el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género dentro del concepto de grupo social determinado sólo “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen”. Esta exigencia posiciona a los solicitantes de asilo y de protección subsidiaria por tales motivos en un claro supuesto de inseguridad jurídica ya que la falta de información sobre el país de origen por parte de las autoridades puede dar lugar a prejuicios y a denegaciones sistemáticas de solicitudes, sin llegar a tramitar el examen individualizado de las circunstancias personales del solicitante. Además, esta restricción opera de forma discriminatoria en relación con los otros motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que no recae la condición de las circunstancias imperantes en el país de origen.

Por otra parte, se establece que en ningún caso podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos. En primer lugar, entendemos que este precepto resulta innecesario porque la Directiva de Reconocimiento y la Ley 12/2009 ya prevén entre los supuestos de exclusión, aplicables a todos los motivos de persecución, la comisión de delitos graves comunes. En segundo lugar, consideramos que este precepto responde a una carencia objetiva en la comprensión y discernimiento de la naturaleza y el contenido de los términos orientación sexual e identidad de género, constituyendo una clara incursión por parte del legislador en prejuicios discriminatorios que parecen vincular indirectamente la orientación sexual y la identidad de género con conductas tipificadas penalmente como son los delitos de agresión sexual, agresiones y abusos a menores, acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y aquellos relativos a la prostitución y corrupción de menores, sobre los que resulta independiente la orientación sexual o la identidad de género del que comete tales actos. Por último, destacamos que inciso es también discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución objeto de protección internacional, raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que la norma no requiere tal desvinculación de conductas delictivas salvo aquellas constituyentes de las causas de exclusión.

5) En relación con el análisis de la naturaleza de los actos que constituyen persecución a los efectos del reconocimiento del estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual e identidad de género, observamos que tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de 43 países entienden de forma generalizada que el daño infligido por motivos de orientación sexual e identidad de género, que en ocasiones alcanza niveles de brutalidad inhumana, es suficiente para cubrir el elemento del fundado temor a ser perseguido. Dado que la Convención de 1951 no recoge una enumeración de los actos constitutivos de persecución, siguiendo los criterios interpretativos del ACNUR, deben entenderse como actos constitutivos de persecución: todas aquellas medidas para tratar de cambiar o alterar la orientación sexual de una persona y/o su identidad de género, los supuestos de privación de libertad basada únicamente en la orientación sexual y/o la identidad de género y los crímenes de honor.

Sin embargo, destacamos como, en ocasiones, la práctica generalizada del reconocimiento de la protección internacional tiende a la sexualización de los actos por los que son perseguidas las personas LGBTI, centrando en exceso el foco de atención sobre los actos sexuales mantenidos por el solicitante e infravalorándose el hecho de que muchas personas LGBTI son perseguidas por su identidad sexual y de género, real o presunta, que en sí misma ya representa una amenaza contra los valores sociales y culturales del heteropatriarcado.

Mayor debate suscita si la discriminación por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el disfrute de los derechos sociales y económicos puede ser constitutiva de persecución. Del análisis de la doctrina internacional, entendemos que la valoración debe residir sobre los elementos de reiteración y de gravedad de los actos discriminatorios. De acuerdo con la normativa comunitaria, concluimos que los Estados miembros sí deben conceder la protección internacional también en supuestos de discriminación, siempre que en aquellos el grado de discriminación por el que se vulneran sus derechos fundamentales sea tal que podría equipararse a la violación del derecho a la vida o a la perpetración de torturas o tratos inhumanos o degradantes, como es el supuesto de la denominada muerte civil.

Además, del estudio de la Directiva de Reconocimiento y de la Ley 12/2009 deducimos que los actos de persecución pueden ser perpetrados tanto por agentes estatales como no estatales. Esta posibilidad adquiere relevancia para las personas LGBTI porque muchas de ellas son víctimas de graves violaciones de sus derechos fundamentales perpetradas por parte de grupos sociales e, incluso, por su propia familia. Desde esta perspectiva, entendemos que cobra relieve la idea de *obligaciones positivas* y, en conexión con ella, de *horizontalidad y protección frente a terceros* (doctrina de la *Drittwirkung*) como criterio interpretativo tendente a dotar de efecto útil a los instrumentos de derechos humanos y, por ende, al goce efectivo de éstos.

6) La cuestión de la penalización de la homosexualidad como acto en sí mismo constitutivo de persecución resulta una de las cuestiones más relevantes en relación con el reconocimiento del estatuto de refugiado a las personas LGBTI. Como hemos analizado en el presente estudio, los Estados

miembros de la Unión Europea no presentan una práctica procesal del asilo uniforme en este aspecto. En algunos países, como Alemania, Reino Unido, Finlandia o Suecia, además de la existencia de una norma punitiva, que tipifiquen condenas como la privación de libertad o la condena a muerte por los actos mantenidos entre hombres o mujeres del mismo sexo, se requiere el hecho de que en los países de origen se dé la aplicación efectiva de la norma que penalice los actos homosexuales. En otros países, además, el requisito es doble, requiriéndose no sólo que la penalización de los actos mantenidos entre personas del mismo sexo sea efectiva sino que además se lleve a cabo de forma individualizada sobre el solicitante. Este es el criterio establecido tanto por la práctica de la Oficina de Asilo y Refugio como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A nuestro entender, este criterio debería modificarse en función de los siguientes argumentos:

- En el propio el art.6 de la Ley 12/2009, se incluye entre los actos constitutivos de persecución “las medidas legales y administrativas discriminatorias”. Por tanto, las leyes que de forma directa o indirecta sancionen las relaciones o los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo constituyen per se un acto de persecución.
- La mera existencia de un régimen punitivo sancionador posibilita que cualquier agente estatal pueda infligir daño grave contra las personas por su orientación sexual o identidad de género y propicia un ambiente permisivo respecto a las persecuciones y violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes no estatales, en entornos sociales o familiares, contra las personas LGBTI. Además, impide que se pueda solicitar protección ante las autoridades nacionales que, por mandato de la ley, están obligadas a perseguir, sancionar y condenar por los mismos motivos por los que el perseguido pide protección; incurriendo en uno de los supuestos de falta de protección del art.14 de la Ley 12/2009.
- Esta postura jurisprudencial es, además, contraria al criterio establecido por otros tribunales de países europeos y por lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto. La interpretación realizada por nuestros Tribunales sobre la

criminalización de los actos homosexuales en el país de origen deberá adaptarse a los criterios establecidos por el TJUE que, en la reciente Sentencia de 7 de noviembre de 2013, estima como requisito la aplicación efectiva de la norma punitiva para ser constitutiva de acto de persecución pero no requiere la aplicación efectiva individualizada sobre el solicitante de protección internacional.

7) A pesar de que las autoridades responsables del proceso de asilo en el Estado receptor consideren que el solicitante tenga un fundado temor a ser perseguido en su país de origen por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, hemos observado que puede que no se conceda la protección internacional bajo el requisito de discreción, según el cual no se concede el reconocimiento del estatuto de refugiado en tanto que éste pueda evitar la persecución ocultando su orientación sexual o identidad de género. Este requisito ha sido aplicado en la mayoría de los Estados de la Unión Europea como en Austria, principalmente para las solicitudes de personas bisexuales, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Malta, los Países Bajos, Polonia y Rumania. De las entrevistas mantenidas con los principales operadores jurídicos del asilo en España deducimos que en la práctica este requisito también es exigido por las autoridades de asilo españolas

Encontramos relevante que este requisito sólo se requiera en los supuestos de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género y no sea aplicado en términos generales a otros motivos de persecución como el de la religión o el de las opiniones políticas. Del mismo modo que no puede exigirse a una persona perseguida por confesar una religión determinada que lo hiciera de forma oculta para evitar ser perseguida o a una persona que huye por no cumplir con la ideología política de un régimen dictatorial que se reservara de expresar públicamente tales opiniones divergentes, consideramos que no debe aplicarse un requisito que limita la vivencia y la expresión de la orientación sexual y de la identidad de género vulnerando los derechos humanos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la intimidad y a la integridad física y psicológica de la persona. Además, entendemos que este requisito es contrario al principio de no discriminación establecido en el

preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que debe inspirar la interpretación y aplicación de la normativa internacional sobre los refugiados.

De hecho, este requisito tiene su origen en el desconocimiento de la propia naturaleza de la orientación sexual y/o identidad de género. Si bien es cierto que por miedo a sufrir violencia, discriminación y exclusión muchas personas LGBTI no puedan o no deseen expresar su verdadera orientación sexual y/o identidad de género, esto no implica que pueda obligarse al solicitante de asilo por tales motivos a vivir de acuerdo con una orientación sexual y/o identidad de género que no es la suya. En este sentido, deducimos que bajo el criterio de discreción exigido por múltiples jurisdicciones subyace la presunción de que la orientación sexual es un comportamiento sexual voluntario y opcional.

De acuerdo con el ACNUR, que un solicitante pueda evitar la persecución por ocultar o por ser discreto sobre su orientación sexual o identidad de género, o que lo haya hecho anteriormente, no es una razón válida para negar la condición de refugiado. Además, siguiendo la doctrina especializada, debe rechazarse este requisito sobre la base del daño endógeno y de los efectos traumáticos que conllevan la represión de la orientación sexual.

Por último, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, también ha rechazado este criterio entendiendo que el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella.

8) Otro de los criterios que hemos observado que se requiere a los solicitantes LGBTI es que agoten la alternativa de huida interna. De este modo, se entiende que la persona perseguida no tiene derecho a la protección internacional siempre que pueda vivir en un lugar seguro en otra parte de su país de origen. Una de las tendencias que destacamos en el reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género es requerir, en los supuestos en los que los solicitantes provengan de poblados o de zonas periféricas, que se trasladen a vivir a zonas urbanas

donde se presume una mayor tolerancia. De hecho, los tribunales de dieciséis países europeos distintos han denegado el reconocimiento del estatuto de refugiado sobre fundamentándose en la exigencia de este requisito.

De acuerdo con el análisis de la doctrina especializada y de los criterios interpretativos del ACNUR podemos deducir que para determinar si un nuevo lugar seguro propuesto por las autoridades constituye una alternativa de protección interna no debe existir riesgo de persecución en el nuevo lugar y la protección del Estado debe estar disponible. Además, debe valorarse la pertinencia de este requisito. En este sentido, entendemos que si en un país están penalizados los actos homosexuales no puede considerarse pertinente exigir a una persona LGBTI que huya a otra zona de su país de origen dado que se entiende que las leyes nacionales penales rigen en todo el territorio del país de origen. Del mismo modo, el criterio de pertinencia para requerir la alternativa de huida interna debe aplicarse a los supuestos de las legislaciones que no permiten a una persona transgenero o intersexual acceder y recibir tratamiento médico adecuado si lo busca o que cambie de género en sus documentos.

Por último, a nuestro entender, debe atenderse a la razonabilidad de la exigencia de la huida interna. La razonabilidad se concibe en relación con el impacto que la decisión de exigir al solicitante de trasladarse a otro lugar de su país de origen puede tener en función de sus circunstancias personales, la existencia de persecución en el pasado, la seguridad del entorno, el respeto a los derechos humanos y la posibilidad de sobrevivir en términos económicos.

9) Uno de los principales desafíos que presenta el procedimiento de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género es la prueba que se exige para valorar la verisimilitud de la solicitud.

Del presente estudio valoramos, en relación con los medios de prueba, la escasa credibilidad que se le otorga al relato del solicitante de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género. A nuestro juicio, existe una presunción generalizada de abuso del derecho por parte de las solicitantes que alegan persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género que no se aplica a los solicitantes de asilo por otros motivos. Algunas jurisdicciones exigen en exceso pruebas testificales y documentación como

cartas y material fotográfico imposibles de presentar por personas que provienen de países en los que la orientación sexual y la identidad de género es perseguida y estigmatizada. La excesiva demanda de pruebas que evidencien la persecución y/o la orientación sexual o identidad de género del solicitante colisiona paradójicamente con el requisito de discreción, analizado anteriormente, que se exige en muchos países de asilo.

Además, muchos relatos no son considerados como creíbles porque no existe suficiente información del país de origen que corrobora el ambiente homofóbico o transfóbico. En este sentido, destacamos que el ACNUR ha subrayado que la falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionada con la situación y el trato de las personas LGBTI no debe automáticamente dar lugar a la conclusión de que la solicitud del solicitante carece de fundamento o que no existe persecución de personas LGBTI en ese país.

Por otra parte, nos resulta relevante que en algunos Estados se opte para la evaluación de la solicitud la práctica de un reconocimiento médico, psiquiátrico o psicológico que pueda determinar la orientación sexual y/o la identidad de género. Consideramos que dichas evaluaciones producen, en muchas ocasiones, una lesión de la privacidad del solicitante que le puede ocasionar un intenso sufrimiento, especialmente para aquellos solicitantes que se han enfrentado a interrogatorios similares en su país de origen. En esta misma línea, el ACNUR ha denunciado que la prueba médica sobre la orientación sexual del solicitante es una violación de derechos humanos básicos que no debe ser empleada.

Del estudio de la jurisprudencia española, deducimos que para la admisión a trámite de una solicitud de asilo deben concurrir dos requisitos: un requisito positivo, basado en la descripción de una persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género, junto con un requisito negativo, basado en la ausencia de manifiesta falsedad o inverosimilitud. En consecuencia, la Administración no puede de forma sistemática rechazar las solicitudes, salvo manifiesta inverosimilitud, teniendo la obligación de admitir a trámite en caso de duda para que el procedimiento permita el análisis casuístico de cada caso. Una vez admitida a trámite, como hemos señalado, la jurisprudencia sí requiere al solicitante la acreditación debida de los indicios

suficientes para analizar la veracidad del relato. Sin embargo, dada la dificultad en la prueba de la orientación sexual, y de la persecución consecuente, en el presente trabajo postulamos por defender una postura más flexible, siguiendo recientes sentencias que permiten la concesión del asilo, aún a falta de indicios suficientes, siempre que el relato sea preciso, detallado y coherente.

10) Las personas LGBTI que huyen de sus países de origen en busca de protección pueden enfrentarse a vulnerabilidades múltiples en todas las fases del procedimiento de asilo desde que presentan su solicitud hasta que obtienen la resolución de la misma. Es fundamental que nuestro sistema de asilo garantice el cumplimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI sin discriminación alguna garantizando una serie de medidas tanto en relación con el procedimiento como en relación con las condiciones de acogida o detención.

En el desarrollo de la investigación del presente estudio hemos realizado entrevistas personales con representantes de los principales colectivos especializados en los derechos humanos de las personas LGBTI, de las organizaciones no gubernamentales e institutos especializados en la protección de los refugiados y con la Delegación del ACNUR en España , sobre las condiciones del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual o identidad de género y sobre las condiciones de acogida de los solicitantes LGBTI. Del análisis de la investigación hemos detectado una serie de deficiencias en nuestro sistema de asilo sobre las que en el último capítulo presentamos una serie de recomendaciones y propuestas sobre:

- La incorporación transversal de cuestiones de orientación sexual e identidad de género en el desarrollo de las funciones de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior.
- Medidas específicas que garanticen la seguridad y confidencialidad en el registro de las solicitudes de protección internacional. Mecanismos de identificación de personas LGBTI y de sus necesidades particulares médicas, psicológicas, jurídicas y de integración social inexistentes.
- Medidas específicas en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Internamiento de Extranjeros en relación con la seguridad,

la confidencialidad, los recursos médicos y psicológicos necesarios y las medidas individualizadas de integración social.

- Mecanismos para evitar la posible incursión en prejuicios, estereotipos sociales y preguntas intrusivas en la realización del registro de la solicitud por miembros de la policía, y recomendaciones para la realización de entrevistas personales por el personal de la OAR a través de la propuesta de un Manual de Conducta y Buenas Prácticas
- La capacitación profesional sobre cuestiones de género y de diversidad sexual del personal integrante del procedimiento: miembros de la policía, abogados, asistentes jurídicos, intérpretes, personal de los Centros de Acogida a Refugiados (CAR), personal de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) y del personal de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio de Interior (OAR)
- La realización de programas de sensibilización y de recursos de información y divulgación sobre cuestiones de orientación sexual e identidad de género entre los solicitantes de asilo y las comunidades de refugiados.

CONCLUSIONS

From the current study of the right to international protection based on sexual orientation and / or gender identity, we have attempted to provide, through the critical analysis of the international, European and national legal sources and the specialized doctrine, a number of elements to legitimate the relevance of this right and to provide criteria that may contribute to the improvement of its legal regulation. The final considerations that have come after the completion of this work are:

1) In all regions of the world LGBTI people are victims of transphobia, biphobia and homophobia. From the analysis of the treatment of sexual orientation and gender identity in each region, we deduce that violations of human rights on these grounds can range from murder, rape and physical attacks, torture, arbitrary arrests, exclusion in the recognition of the rights of assembly, expression and information to the discrimination in the exercise of social rights, employment, health and education.

However, we note that the record of the cases of violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, is vague and indeterminable due, on one hand, to the fact that few states have mechanisms for reporting, registration and documentation of such hate crimes and, on the other, the fear that victims may suffer from the consequences of declaring their sexual orientation and gender identity and the ineffectiveness of State protection.

Currently, in 76 countries, penal law criminalizes people for their sexual orientation or gender identity with penalties ranging from a fine or imprisonment to the death penalty. As we have stated in Chapter I of this study, the criminalization of sexual acts between same sex people comes from a strict application of Islamic law, the Sharia, and legal vestiges from the colonial era, which in some cases provide legally undetermined terms as "morality," "debauchery" or "unnatural".

We also note that LGBTI people are also persecuted by family members or the community at large through the so-called honor crimes, understood as the threats of severe physical violence or even those murders, committed in the name of "honor" against those people whose sexual orientation and / or gender identity face social norms and values. At particular risk we find lesbian, bisexual and transgender women because of gender inequalities that restrict the autonomy in making decisions about sexuality, reproduction and family life.

2) The universally recognized human rights should be guaranteed without discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity. The Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights states that "all human beings are born free and equal in dignity and rights." Although neither sexual orientation nor gender identity are explicitly mentioned in international human rights treaties, since 1994, when the Human Rights Committee established that States were required to protect people from discrimination because of their sexual orientation, in *Toonen vs. Australia*, other Committees established under human rights treaties have gradually recognized the extension of the principle of non-discrimination to the basis of sexual orientation and gender identity.

Meanwhile, although the European Convention does not expressly mention sexual orientation or gender identity, the European Court of Human Rights has established the inclusion of these causes in the non-discrimination clause of Art. 14. Its analysis reminds us how in so few decades we have made progress in the fight for the fundamental rights and civil liberties of LGBTI people, being the first international body to point out that the sanctions regulations against sexual orientation imply a violation of human rights, in the case *Dudgeon v. the United Kingdom* of 1981. Along the same lines, we highlight the role of the reports of the Commissioner for Human Rights and the inclusive interpretation of the grounds of sexual orientation and gender identity under art . E of the Revised Social Charter made by the European Committee of Social Rights.

Within the European Union Law, the Lisbon Treaty explicitly guarantees the protection of fundamental rights of LGBTI people through a dual legal mandate. On the one hand, establishes the prohibition of discrimination based on sex or sexual orientation, considering equality as legal and social value. With the

implementation of the Charter of Fundamental Rights in the Lisbon Treaty, this principle acquires binding force and, according to the principles of supremacy and direct effect, determines the compulsory national standards and becomes enforceable at the courts of the Member States. The Lisbon Treaty also introduces a positive duty to combat social exclusion and discrimination based on sex or sexual orientation, from explicit conferral of jurisdiction on the part of Member States to the Union in this matter which has led the EU to adopt rules related to employment, education and health fields.

At a national level, there are three main factors that, in our opinion, have led to the recognition of the right to equality and non-discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in our legal system: the legislative work of the European Union, the development of regional legislation and the strong claims from LGBTI activism. Consequently, our legislation has undergone modifications to provide effective protection to LGBTI people and to ensure equal rights in the criminal, civil and labor fields. The jurisprudence of the Constitutional Court considers the right to equality and non-discrimination, art.14 of Spanish Constitution, to include the grounds of gender identity and sexual orientation, as a condition or personal or social circumstances susceptible of protection according to the principle of human dignity recognized in art.10.1. of the Spanish Constitution.

3) The right to international protection, inclusive of the recognition of refugee status, subsidiary protection and humanitarian protection, should be seen as a human right whose entitlement belong to the persecuted. Although the constitutional doctrine holds the debate open regarding the legal nature of the right to asylum, recognized in the art. 13.4 of the Spanish Constitution, the traditional configuration of the asylum as a right of the State to grant such international protection in the exercise of its territorial sovereignty has been overtaken by the legal development of public international law and, in particular, the international law of human rights. In this regard, we understand that the right to international protection should be seen as a human, subjective, highly personal and fundamental right whose recognition is linked to the recognition of other human rights such as the right to life, integrity and freedom.

However, the European Union asylum policy is perceived as highly linked to the EU immigration policy, which unfortunately meets a more economic perspective of migrant flows control than a humanitarian and development policy. In our view, the EU policy of asylum is a victim of the process of *secureness* that the EU immigration policy suffers. We observe in the EU asylum regulations a fear of the abuse of asylum by economic migrants which leads to the emergence of a restrictive community action on the human right to international protection.

In relation to the Spanish asylum policy, the analysis of statistical data shows the difficulties to exercise the right of asylum in our State and the ineffectiveness of our system unable to respond to the international legal commitments. We find ironic that being Spain the closest European country to Africa, it is also one of the countries of the European Union in receiving the fewer applications. The reason for this paradox lies in the indiscriminate closing of border that precludes both persecuted exercise their human right to international protection as our state to comply with international, European and constitutional commitments to promote, protect and fulfill of all human rights, including the right to international protection. Moreover, in the light of the analysis of the data regarding the number of applications, we deduce that Spain does not seek an asylum policy consistent with the principle of solidarity imposed by the European Union and also advocated by the Preamble of the Spanish Constitution.

4) In accordance with art. 1.A.2) of the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 in order to recognize the refugee status applicants must have a well-founded fear of persecution for one of the five reasons that provision states: race, religion, nationality , membership of a particular social group or political opinion. Both Qualification Directive 2011/95/EU as Law 12/2009 regulating the right of asylum and subsidiary protection recognize sexual orientation and gender identity as grounds for persecution, while people of a particular sexual orientation or gender identity could form a particular social group. To prove membership of a particular social group two criteria, the innate or immutable characteristic and common social perception of distinct identity, which must operate in alternative and not cumulative method.

In our view, the recognition of sexual orientation and gender identity in the community and national systems has been carried out in a discriminatory manner by incurring in severe restrictions that should be remedied in the further development of the current legislation.

On the one hand, the recognition of sexual orientation and gender identity falls within the concept of social group only "depending on the circumstances in the country of origin". This requirement positions asylum seekers and subsidiary protection for such reasons in a clear ground of legal uncertainty since the lack of information on the country of origin by the authorities can lead to prejudice and systematic denials of applications. Moreover, this restriction operates in a discriminatory manner in relation to the other grounds of persecution: race, religion, nationality or political opinion, which are not linked to the condition of the prevailing circumstances in the country of origin.

Moreover, the regulation, both EU and national, states that in no case shall be understood sexual orientation in a way that acts are considered criminal. First, we understand that this provision is unnecessary because the Qualification Directive and the Law 12/2009 provide among the causes of exclusion, applicable to all grounds of persecution, the commission of common crimes. Secondly, we consider this provision is objectively lacking in understanding and insight into the nature and content of the terms sexual orientation and gender identity, constituting a clear incursion by the legislature indirectly discriminatory prejudices that seem to link sexual orientation and gender identity typed behaviors with criminal offenses such as sexual assault, assault and child abuse, sexual harassment, exhibitionism and sexual offenses provocation and those related to prostitution and corruption of minors, in which is irrelevant the sexual orientation or the gender identity of the actor of such acts. Finally, we note that subsection is also discriminatory in relation to other grounds of persecution in international protection, race, religion, nationality or political opinion, on which the standard does not require such dismissal of criminal conduct except those constituents of the causes of exclusion.

5) With regard to the analysis of the nature of the acts constituting persecution for the purposes of recognition of refugee status on grounds of sexual orientation and gender identity, we note that both the specialized

doctrine and the case-law of 43 countries consider damage from the grounds of sexual orientation and gender identity, which sometimes reaches levels of inhuman brutality, sufficient to cover the element of founded fear of persecution. Since Convention 1951 does not contain an enumeration of acts constituting persecution, following the UNHCR interpretive criteria should be construed as constituting acts of persecution: all measures to try to change or alter the sexual orientation of a person and / or gender identity, the circumstances of detention based solely on sexual orientation and / or gender identity and the honor killings.

However, we note that sometimes the widespread recognition of international protection tends to the *sexualization* of acts which are persecuted LGBTI people, focusing too much the attention on sexual acts held by the applicant and undermining the fact that many LGBTI people are persecuted for their sexual and gender, actual or alleged, that in itself already represents a threat to the social and cultural values of heteropatriarchy.

Further debate is risen whether discrimination based on sexual orientation and / or gender identity in the enjoyment of social and economic rights can constitute persecution. Form an analysis of the international literature, we believe that the valuation must reside on the elements of repetition and severity of the discriminatory acts. According to EU regulations, we conclude that the Member States themselves should grant international protection also in cases of discrimination, provided that those levels of discrimination are such that can be compared to the violation of the right to life or the commission of torture or inhuman or degrading treatment, as is the case of the so-called civil death.

In addition, the study of the Qualification Directive and the Law 12/2009 we conclude that the acts of persecution can be perpetrated by state actors and non-state actors. This possibility becomes important for LGBTI people because many of them are victims of serious violations of their fundamental rights perpetrated by social groups and even by their own family. From this perspective, we underline the idea of positive obligations and, in connection therewith, levelness and protection against third parties (doctrine of *Drittwirkung*) as interpretative approach aimed to give practical effect to the human rights instruments and hence the effective enjoyment of such rights

6) The issue of the criminalization of homosexuality as an act in itself constituting persecution is one of the most important in relation to the recognition of refugee status to LGBTI issues. As analyzed in the present study, Member States of the European Union does not show a uniform asylum procedural practice in this regard. In some countries, such as Germany, UK, Finland and Sweden, in addition to the existence of a punitive rule criminalizing convictions, as imprisonment or the death sentence for acts between men and women maintained the same sex, is required the fact that in the countries of origin the effective application of the rule that penalizes homosexual acts is given. In other countries, in addition, the requirement is twofold, requiring not only that the criminalization of acts held between same sex to be effective but also applied on an individual basis by the applicant. This is the standard set by both the practice of the Spanish Office of Asylum and Refuge and by the jurisprudence of the Spanish Supreme Court.

To our knowledge, this criterion should be modified according to the following arguments:

- In the art.6, Law 12/20009, is included among the acts constituting persecution "the discriminatory legal and administrative measures." Therefore, the laws that directly or indirectly penalize consensual relationships or sexual acts between same-sex persons constitute *per se* an act of persecution.
- The mere existence of a punitive sanctions regime enables any state agent to inflict serious damage against people because of their sexual orientation or gender identity and fosters a permissive environment regarding the persecution and human rights violations perpetrated by non-state actors, social or family environment, against LGBTI people. Also makes it impossible to seek protection before national authorities which, mandated by law, are obliged to prosecute, convict and punish for the same reasons that the persecuted seek protection.
- This jurisprudential position is also contrary to the criteria established by courts of other European countries and the provisions of the Court of Justice of the European Union in this regard. The interpretation by our courts on the criminalization of homosexual acts in

the country of origin must be adapted to the criteria established by the ECJ, in the recent Judgment of November 7, 2013, in which estimates a requirement for effective implementation of the punitive rule to be constitutive act of persecution but does not require individualized effective implementation on the applicant for international protection.

7) Although the authorities responsible of the asylum process in the receiving State may consider that the applicant has a well-founded fear of persecution in their country of origin because of their sexual orientation and / or gender identity, we have observed that international protection is not always granted under the discretion requirement, which obstacles the recognition of refugee status while the LGBTI applicant can avoid persecution by hiding their sexual orientation or gender identity is not granted. This requirement has been implemented in most States of the European Union and in Austria, mainly for applications bisexual, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Finland, France, Hungary, Ireland, Malta, the Netherlands, Poland and Romania. From interviews with leading legal practitioners of asylum in Spain, we deduce that in practice this requirement is also required by Spanish authorities of asylum

We found relevant that this requirement is only applied in cases of persecution based on sexual orientation and / or gender identity and not applied in general terms to other grounds of persecution such as religion or political opinions. Just as it cannot be required to a person by a particular religion to do it surreptitiously to avoid persecution or a person who flees for not complying with the political ideology of a dictatorial regime to reserve to publicly express such divergent opinions, we believe that a requirement that limits the experience and expression of sexual orientation and gender identity violates human rights to free development of personality, equality, privacy and physical and psychological integrity. Furthermore, we understand that this requirement is contrary to the principle of non-discrimination laid down in the preamble of the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 that should inspire the interpretation and application of international refugee law.

In fact, this requirement stems from the ignorance of the nature of sexual orientation and / or gender identity. While it is true that due to the fear of violence, discrimination and exclusion many LGBTI people are unable or

unwilling to express his true sexual orientation and / or gender identity, this does not mean that it can bind an applicant for such reasons to live according to sexual orientation and / or gender identity that is not theirs. In this sense, we conclude that under the criteria of discretion required by multiple jurisdictions underlies the assumption that sexual orientation is a voluntary and optional sexual behavior.

According to UNHCR, the fact that an applicant could avoid persecution by hiding or being discreet about their sexual orientation or gender identity, or who has done it before, it's not a valid reason to deny refugee status reason. In addition, following the specialized doctrine, this requirement should be rejected on the basis of endogenous damage and traumatic effects involving repression of sexual orientation.

Finally, the Court of Justice of the European Union, in its recent judgment of November 7, 2013, has also rejected this approach understanding that the fact that members of a social group who share the same sexual orientation are required to hide this orientation is contrary to the recognition of a characteristic that is so fundamental to the identity that cannot be required to be renounced.

8) Another criterion that we observe required to LGBTI applicants is the IFA. Thus, it is understood that the persecuted person is not entitled to international protection if it can live in a safe place elsewhere in the country. One of the trends that include the recognition of international protection based on sexual orientation and / or gender identity is the requirement, in cases in which the applicants come from villages or remote areas, to go to live in areas urban where presumably there is greater tolerance. Indeed, courts in sixteen European countries have denied the recognition of refugee status based on this requirement.

According to the analysis of the specialized doctrine and the interpretive criteria settled by UNHCR, we can deduce that if a new safe place proposed by the authorities there should be no risk of persecution in the new location and the State protection must be available. Also the relevance of this requirement should be assessed. In this regard, we understand that if a country homosexual acts are penalized it should not be considered appropriate to require an LGBTI

person who flees to another area of their home country because it is understood that national criminal laws apply throughout the whole country of origin. Similarly, the criterion of relevance to require IFA should apply to cases of laws that do not allow a transgender or intersex person access and receive appropriate medical treatment if you are looking to change gender or your documents.

Finally, in our view, it should be valued the reasonableness of the requirement for the internal flight. Reasonableness is conceived in relation to the impact that the decision to require the applicant to move to another place in their country of origin based on the personal circumstances, the existence of past persecution, the respect human rights and the ability to survive economically.

9) One of the major challenges of the asylum procedure based on sexual orientation and / or gender identity is the proof required to assess the verisimilitude of the application.

In relation to the evidence, we value the lack of credibility that is given to the applicants for asylum on grounds of sexual orientation and / or gender identity. In our view, there is a general presumption of abuse of rights by the applicants alleging persecution on grounds of sexual orientation and / or gender identity that does not apply to applicants for other reasons. Some jurisdictions require excessive documentation and testimonial evidence as letters and photographic material which become impossible for people who come from countries where sexual orientation and gender identity is persecuted and stigmatized. Excessive demand for evidence proving persecution and / or sexual orientation or gender identity of the applicant paradoxically collides with the discretion requisite, discussed above, which are required in many countries of asylum.

In addition, many stories are not considered credible because there is not enough country information corroborating the transphobic or homophobic environment. In this regard, we note that UNHCR has emphasized that lack relevant and specific information about the country of origin regarding the status and treatment of LGBTI people should not automatically lead to the conclusion that the applicant's claim is unfounded or that there is no persecution of LGBTI people in that country.

Moreover, we find it significant that in some States is chosen to evaluate the practical application of a medical, psychiatric or psychological examination that can determine sexual orientation and / or gender identity. We believe that these evaluations imply, in many cases, an injury to the privacy of the applicant that can cause intense suffering, especially for those applicants who have faced similar questioning in their country of origin. In the same vein, UNHCR has reported that the medical evidence on the applicant's sexual orientation is a violation of basic human rights and, therefore, should not be used.

From the study of the Spanish case, we deduce that for the admissibility of an application for asylum two criteria should be met: a positive requirement, based on the description of persecution on grounds of sexual orientation and gender identity, along with a negative condition based on the absence of manifest falsehood or improbability. Accordingly, the Administration cannot systematically reject applications unless manifest falsehood, with the obligation to admit admissible in case of doubt. Once admissible, as we have noted, the law does require the applicant for accreditation due to sufficient evidence to analyze the veracity of the story. However, given the difficulty of proof of sexual orientation, and the consequent persecution, in this study we postulate for defending a more flexible approach, following recent rulings that allow the granting of asylum, even in the absence of sufficient evidence, provided that the story is accurate and consistent.

10) LGBTI people who flee their homelands in search of protection can face multiple vulnerabilities in all stages of the asylum process since they submit their request until they get the resolution. It is essential that our asylum system ensures compliance with the human rights of LGBTI people without discrimination guaranteeing a range of measures in relation to both the reception process and the conditions of detention.

In the course of the investigation of the present study we have carried out personal interviews with representatives of major specialized human rights of LGBTI people, the UNCHR and non -governmental organizations and specialized entities in the protection of refugees regarding the conditions of the process for the recognition of the right to asylum or subsidiary protection based on sexual orientation or gender identity and the conditions of the reception of

LGBTI applicants. Through the analysis of the current research we have identified a number of deficiencies in our asylum system on which in the last chapter we present a series of recommendations and proposals regarding:

- The cross incorporation of sexual orientation and gender identity issues within the development of the functions of the Office of Asylum and Refuge of the Ministry of Internal Affairs.
- Specific measures to ensure the security and confidentiality in the register of applications for international protection, identifying mechanisms for LGBTI people and their individual, psychological, legal and social integration.
- Specific measures in Refugee Reception Centres and Centres for Foreigners in relation to security, confidentiality, medical and psychological resources and social integration measures individualized measures.
- Mechanisms to prevent possible incursion into prejudice, social stereotypes and intrusive questions in completing the registration of the application by members of the police, and recommendations for conducting personal interview by the OAR staff through a proposed Manual of Conduct and Good Practices.
- Professional training on gender and sexual diversity to all the staff involved: police officers, lawyers, paralegals, interpreters, the Refugee Reception Centres (CAR), staff of the Centers for Foreigners (CIE) and the staff of the Office of Asylum and Refugee of the Ministry of Internal Affairs.

**ANEXO
BIBLIOGRÁFICO**

ÍNDICE DE LA BIBLIOGRAFÍA

1. Documentos doctrinales

- 1.1. Obras generales, monografías y libros colectivos
- 1.2. Artículos de revistas y capítulos de libro

2. Documentos internacionales

- 2.1. Tratados y Convenciones internacionales sobre derechos humanos
- 2.2. Declaraciones sobre derechos humanos aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas
- 2.3. Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
- 2.4. Documentos del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos
- 2.5. Documentos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- 2.6. Documentos de otros órganos de las Naciones Unidas y notas de prensa
- 2.7. Dictámenes y observaciones de los Comités creados en virtud de los tratados de derechos humanos
- 2.8. Documentos de Mecanismos Especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas

3. Documentos de la Unión Europea

- 3.1. Normativa de la Unión Europea
- 3.2. Resoluciones del Parlamento Europeo
- 3.3. Documentos del Consejo de la Unión Europea
- 3.4. Documentos de la Comisión de la Unión Europea
- 3.5. Documentos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- 3.6. Documentos de la Agencia EUROSTAT
- 3.7. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

4. Documentos del Consejo de Europa

- 4.1. Normativa del Consejo de Europa
- 4.2. Documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
- 4.3. Documentos del Comité de Ministros del Consejo de Europa
- 4.4. Documentos del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa
- 4.5. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 4.6. Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales

5. Documentos de otras organizaciones regionales

- 5.1. Normativa de otras organizaciones regionales
- 5.2. Jurisprudencia de otros organismos regionales

6. Documentos de otros países

- 6.1. Normativa de otros países
- 6.2. Jurisprudencia de otros países

7. Documentos del ordenamiento jurídico español

- 7.1. Normativa española
- 7.2. Jurisprudencia española

8. Documentos de Asociaciones internacionales o de Conferencias de Expertos

9. Documentos de ONGs y entidades defensoras de derechos humanos

BIBLIOGRAFÍA

1. Documentos doctrinales

1.1. Obras generales, monografías y libros colectivos

ALVENTOSA DEL RIO. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2008.

BODELÓN ALONSO. G.(Coord.) *El Derecho de Asilo en España. Compilación Histórica*. Ministerio del Interior. Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. 2004.

BORRILLO, D. *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*. Edizioni Dedelo. 2009.

- Et GUTIÉRREZ CASTILLO.V.L, *Derecho y Política de las Sexualidades*. Huygens. Ed. 2013.

BOSWELL, J. *Christianity, Social Tolerance and homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Muchnik ed. 1980.

BOSWELL, J. *Las bodas de la semejanza*. El Aleph. 1996

BRADLEY, R.J. *After the Arab Spring: How Islamists Hijacked the Middle East Revolts*. Palgrave Macmillan. 2012

BUTLER, J, *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, Londres. 1990

-*Una antología de estudios queer*. Icaria, Barcelona, 2002.

CALIMACH, A. *Lovers' Legends: The Gay Greek Myths*, Haiduk Press 2002.

CARRASCO, R. *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas (1565-1785)* Barcelona, 1985.

CRAWLEY, H. *Refugees and Gender*, Jordan. 2001.

CROMPTON, L. *Homosexuality and Civilization*. Harvard University Press. 2003.

DE CASTRO. *Derecho Civil en España*, tomo I, IEP, Madrid, 1949. Edición facsímil. Cívitas, Madrid, 1984

DE LUCAS, J. Puertas que se cierran. Europa como fortaleza. Ed. Icaria, Barcelona, 1996

DÍEZ DE VELASCO, M. *Organismos de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid, 2000,

DOVER, K. *Greek Homosexuality*. Harvard University Press. 1978.

ESQUINES. "Discurso contra Timarco". *Discursos. Testimonios y cartas*. Biblioteca Clásica Gredos. 2002.

FELLER, E., TÜRK, V. et NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007

FOUCAULT, M. *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction*. United States: Random House. 1978

- *The History of Sexuality, Volume 2: The Use of Pleasure*. United States: Random House. 1985

- *The History of Sexuality, Volume 3: The Care of the Self*. United States: Random House. 1986

GARCÍA VALDES, A. *Historia y presente de la homosexualidad*. Ed. Akal. 1981.

GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C, "Transexualidad". *Actualidad civil*. 2004

GOODWIN-GILL, G. et Mc ADAM, J. *The Refugee in International Law*. Oxford University Press. 2007.

GORTÁZAR ROTAECHE. C.J. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*. Universidad Pontificia Comillas. 1997.

GREENBERG, D. *The Construction of Homosexuality.*, University of Chicago Press. 1988

GUASH, O. *La crisis de la heterosexualidad*, Laertes, Barcelona.2000 *La sociedad rosa*, Anagrama, Barcelona.1998/

HABERMAS, J. *Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo*. *Debats*, marzo 1992

HALEY,D. *Homosexual Desire in Revolutionary Russia*, University of Chicago Press. 2001.

- HATHAWAY, J. *The Law of Refugee Status*. Toronto. Butterworths. 1991
- HENKIN, L. *International Law: Politics and Values*. Brill Academic Pub, 1995
- HERRA PUGA, P. *Grandeza y miseria en Andalucía. Testimonio de una encrucijada histórica (1578-1616)* Granada, 1991.
- HILBORN, D. *Homosexuality and Scripture..* Evangelical Alliance. 2002
- ITABORAHY, L. y ZHE, J. *Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*. IIGA. 2013.
- JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichts Rechte*. Segunda ed., Mohr, Tübingen, 1905,
- JIMENA, L. et ALEGRE, M. *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*. Biblioteca Nueva, 2006
- Et SÁNCHEZ, FERRIS, R. *La enseñanza de los derechos humanos*. Ariel, 1995
- JORDAN, M. *The invention of Sodomy in Christian Theology*. University of Chicago Press. 1997
- LLAMAS MÚÑOZ, R, “Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la homosexualidad”, *Siglo XXI*, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de Asilo*. Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1991
- MÉRIDA JIMÉNEZ, R. *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*. Icaria, Barcelona, 2002
- MERRICK, J, et RAGAN, B. *Homosexuality in Modern France*. Oxford University Press. 1996
- MOLE, N. et MEREDITH, C. *Asylum and the European Convention of Human Rights*. Human Rights Files nº9. Council of Europe Publishing, 2010.
- MORSINK, J. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press. 1999
- OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010
- ORTEGA MARTIN, E. *Manual práctico de derecho de extranjería*. La Ley. 2010.

PAREJA ALFONSO. *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983

PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984

PÉREZ CÁNOVAS .N *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996

PLATÓN. *Fedro*, Alianza Editorial, 2004.227^a.

PUFF, H. *Sodomy in Reformation Germany and Switzerland 1400-1600*. The University of Chicago Press. 2003

SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAZAR BENÍTEZ, O. *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*, Dykinson, Madrid, 2013

SANTOLAYA MACHETTI , P. *Derecho de Asilo en la Constitución Española*. Lex Nova, 2001

-Et P., MIGUEL PÉREZ-MONEO, A. *El derecho de asilo en la jurisprudencia. (Julio 2005-Junio 2006)* CIBOD. 2007

SCHMITT, ARNO et JOHEDAR, J. *Sexuality and Eroticism among Males in Moslem Societies* . Harrington Park Press. 1992.

SMITH, B. *Persecution of sexual minorities in Russia*. Standard Note: SNIA/6712. UK Government. International Affairs and Defence Section. 21 de agosto de 2013 p.3

SPIJKERBOER, J. et JANSEN, S. *Fleeing Homophobia*. Vrije Amsterdam University. Septiembre de 201

STEAKLEY, J. *The Homosexual Emancipation Movement in Germany*. Arno Press.1975

TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*. Madrid,1969.

TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*. Dykinson, S.L. Madrid, 2003

WARNER, T. *Never going back*. University of Toronto Press 2002.

WHITAKER, B. *Unspeakable Love: Gay and Lesbian Life in the Middle East*.. University of California Press.2006.

1.2. Artículos de revistas y capítulos de libro

ADNANE, A.: "Entre La Tradición Y La Racionalidad Constitucional En Marruecos (Despliegue y Articulación Del Poder)", *Revista de Derecho Político*, nº 79, 2010.

-“El Artículo 10.2 CE: Un Cauce Para Integrar El Contenido De Los Derechos Sociales”, *Revista Lex Social*, nº 1, julio-diciembre 2011.

-“El trato discriminatorio de la filiación extramatrimonial en Marruecos”, nº 86, 2013.

ARENAS HIDALGO, N. "La "violencia doméstica" y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado: derecho comunitario y práctica española". *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 17, 2008

-“El Derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencia tras veinte años de armonización”. *Revista de estudios europeos*. Nº. 50, 2008

BORRILLO, D.A., "Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino". BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO.V.L, *Derecho y Política de las Sexualidades*. Huygens. Ed. 2013.

BOSSUYT, M. *Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987.

BRINKSCHRÖDER, M. "Christian Homophobia. Four Theological Discourses". GRONEBERG, M. *Homophobia: Experiences and Analyses Pertinent to Education*. LIT Verlag Münster. 2011.

BROWN, D. "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta Principles". *Michigan Journal of International Law*. Vol, 31.

BUTLER, J, Palabra contagiosa. Paranoia y 'homosexualidad' en el ejército", *Reverso*, núm. 1. 2000.

-“Críticamente subversiva”, en MÉRIDA JIMÉNEZ, R. *Sexualidades transgresoras*.

-“Imitación e insubordinación de género”, *Revista de Occidente*, núm. 235, diciembre. 2000, “

BUTRICA, L.J. "Some Myths and Anomalies in the Study of Roman Sexuality". *Journal of Homosexuality*. Nº49. 2005

CALOZ-TSCHOPP, M-CL.: "La création de la démocratie et de l'asile par l'action politique contre le néo-libéralisme sécuritaire". En *Europe and refugees: a challenge. L'Europe et les réfugiés: un défi?*. Kluwer Law International, The Hague, 1997,

CALVO GONZÁLEZ, "Ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. núm. 686/2005.

CORNEJO, A.R. El asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas de futuro. Universidad de las Américas Puebla. 2005. Disponible en http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/barrientos_m_e/capitulo1.pdf

CUERDA RIEZU, A. et COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. "Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. N°55, invierno 1979

DE LUCAS, F. J. "Fundamentos filosóficos del derecho de asilo". *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, N° 4, 1995

DIAZ AGUILAR, I. *Texto articulado con comentarios de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Disponible en: <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html>

DURAN, K. "Homosexuality in Islam". En SWIDLER, A., ed. *Homosexuality and World Religions*. Valley Forge. 1993.

ELVIRA PERALES, A. "Transexualidad y Derechos". Monográfico El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. N°17.

EPPRECHT, M. "Understanding homophobia in Africa today". *Struggle for Equality. Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights in Africa*. Perspectives. N°4. Heinrich Böll Stiftung. 2010.

EVANS, J.V. "The moral state: Men, mining and masculinity in the early GDR". *German History*. N°23. 2005.

F. HANNA. "Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims". *The Yale Law Journal*. 2005.

FIGARI, C. "El movimiento LGBT en América Latina: institucionalizaciones oblicuas" en MASSETTI, A et VILLANUEVA E. "Movilizaciones, protestas e identidades colectivas en la Argentina del bicentenario". Buenos Aires: Nueva Trilce.2010.

FREIXES SANJUAN, T. "Las leyes de igualdad en el marco europeo". *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Año 4, N°. 3, 2006

FUNDER, A: "The Toonen Case", *Public Law Review*, Vol. 5, 1994

GALPARSORO, J. "Una nueva ley de asilo en tiempos de crisis." *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 2010

GARCÍA MAHAMUT, R. "El nuevo régimen del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos". *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 2010.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A. "La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa", in *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos Fundamentales* (coord. CUERDA RIEZU Antonio, JIMENEZ GARCÍA Francisco) Ed. Tecnos, Madrid, 2009

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. "Dignidad y ordenamiento comunitario". *Revista General de Derecho Constitucional*. N°4, julio-diciembre de 2005

GOODMAN, R. "Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics", *California Law Review*, N° 89, 2001.

GOODWIN-GILL, G. "Non-Refoulement and the New Aylum Seekers". *Virginia Journal of International Law*. Vol 897. 1986.

GRAVES, M. "From definition to exploration : Social groups and political asylum eligibility". *San Diego Law Review*. N° 51.

HATHAWAY, J.C. 'Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination', in FELLER, E., TÜRK, V. et NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

- "The Development of the Refugee Definition in International Law". *The Law of Refugee Status*. 1991.

- Et POBJOY, B. "Queer cases make bad law". *New York University Journal of International Law and Politics*. N°315. 2011-2012.

HEINZE, E. "Sexual Orientation and International Law: a Study in the Manufacture of Cross-Cultural Sensitivity". *Michigan Journal of International Law*. 2001

HELTON, A. "Persecution on account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Definition". *Columbia Human Rights Law Review* .Vol.15.

HYNDMAN, P. "Refugees under International Law with a reference to the concept of Asylum" *Austral Law Journal*. Vol.60, 3, 1986.

JHONSON. P, '*Homosexual propaganda' laws in the Russian Federation: are they in violation of the European Convention on Human Rights?*, University of York, 8 July 2013

JIMENA QUESADA, L. "Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales". *Revista europea de derechos fundamentales*, N°. 17, 2011

-“La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”. Cuadernos europeos de Deusto. N° 50, 2014

-“La protección internacional de los derechos sociales y laborales”. *Revista de derecho social*, N° 65, 2014

-“Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales: 2012”. *Revista europea de derechos fundamentales*. N°. 20, 2012

JIMÉNEZ CAMPO, J. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 3. Núm.9. Septiembre-diciembre 1983

JOSEPH, S: "Gay Rights under the ICCPR-Commentary on Toonen v. Australia", *University of Tasmania Law Review*, Vol. 13, N° 2, 1994

KENDALL, C., “Lesbian and Gay Refugees in Australia: Now that “Acting Discreetly” Is No longer an Option, Will Equality Be Forthcoming?” *International Journal of Refugee Law* 15(4),

KJAERUM, Morten, “Article 14”. GUDMUNDUR, A. et ASBUJRN, A *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, 1999

MANLY, M. “La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Coord. FRANCO, L. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. 2004.

MANNERS, I. *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?* *Journal of Common Market Studies* Volume 40, Issue 2, 2002.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. “El asilo y sus modalidades en el Derecho Internacional”. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales, 1995.

MARTÍN SÁNCHEZ, M. "Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa". *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°1, 2011.

MCGHEE, D. "Assessing homosexuality: truth, evidence and the legal practices for determining refugee status- the Case of Ian Vraciu." *Body and Society*. N°6 (1),

MELANDER, G. "Further Development of International Refugee Law". VV.AA. *The Refugee Problem on Universal, Regional and National Levels*. Vol. XII. 2001.

MEYER, I. H., 'Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence', *Psychological Bulletin*. N°129. 2003,

MORGAN, W: "Identifying Evil for What it is: Tasmania, Sexual Perversity and the United Nations", *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, 1994.

NARAYAN, P. "Somewhere over the Rainbow...International Human Rights Protections for Sexual Minorities in the New Millennium". *Boston University International Law Journal*. Vol.24.

NARRAIN, A. "The Articulation of Rights around Sexuality and Health: Subaltern Queer Cultures in India in the Era of Hindutva, 7 Health and Human Rights. 2004.

NEEDHAM, J. "After the Arab Spring: A New Opportunity for LGBT Human Rights Advocacy?" *Duke Journal of Gender Law & Policy*. Vol. 20:287. 2013.

O'FLAHERTY, M, et FISHER, J. "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles". *Human Rights Law Review*. N°8-2. 2008.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J. "Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo". *Iuris*. Enero 2010.

PÉREZ CÁNOVAS, N. "El matrimonio homosexual". *Actualidad civil*. núm. 20, 2005

- "Transexualidad y Matrimonio". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 5-2002.

PÉREZ DEL RÍO, T.: "Transversalidad de género y positivadas en el ámbito comunitario". *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*. N° 13, 2005. p .38

PEREZ SOLA, N. "El derecho de asilo y la condición de refugiado". *Revista Derechos y Libertades*, N°25, Época II, junio 2011

PÉREZ, GONZÁLEZ, M. “La ciudadanía de la Unión: un estatuto evolutivo”. En *El Tratado de la Unión Europea, Análisis Jurídico*, MARIÑO. F, Dir., Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

RAMOS CHAPARRO, “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo de 2005,

REHAAG, S. ‘Patrolling the Borders of Sexual Orientation: Bisexual Refugee Claims in Canada’, *McGill Law Journal* Vol.53. Nº 70.

REIG FABADO, I. “La Directiva de retorno y la tutela judicial efectiva de los extranjeros”. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013. p.284

REY MARTÍNEZ, F. “Sentido y alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual”. Monográfico El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. “Los matrimonios homosexuales en el distrito federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nº 128. Universidad Autónoma Metropolitana.

RUBIN, G. “Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality”. *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Boston-Routledge & Keagan Paul, 1984.

RUIZ-RISUEÑO MONTOYA. “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17.

RWEZAURA, B. “To be or not to be: recognition of sam-sex partnership in Hong Kong”. *Hong Kong Law Journal*. 2004, Vol.34, Nº3,

SAIZ, I. “Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation- A Decade of Development and Denial at the UN” *Health and Human Rights* 7, no.2 (2004).

SALADA OSUN, A. “Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Crónica de actividades”. *Anuario de Derecho Europeo*. 2005. Núm. 4. p.245

SALAZAR BENÍTEZ O. “La deconstrucción de la ciudadanía heteropatriarcal”. En BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO.V.L (Dir.) *Derecho y Política de las Sexualidades*. Huygens. 2013.

- “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. A propósito de la STC 198/2012, de 6 de

noviembre” Monográfico El Movimiento LGTB en perspectiva constitucional (Coords. ELVIRA PERALES, MATIA PORTILLA y ARROY GIL) *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17. 2013

- “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”. *Revista de derecho político.*, Nº 86, 2013.

- “Otras masculinidades posibles: hacia una humanidad diferente y diferenciada”. *Revista de pensament i analisi*, Nº. 12. 2012.

-El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual. *Revista de estudios políticos*, Nº 157, 2012.

SANDERS, E.D. “377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia”. *Asian Journal of Comparative Law*. Vol.4. nº1. 2009.

SCHILD, M. “Islam”. En A. SCHMITT, ARNO et JOHEDAR, J. *Sexuality and Eroticism among Males in Moslem Societies* . Harrington Park Press. 1992.

SCHMIDTKE, S. “Homoeroticism and Homosexuality in Islam: A Review Article”. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* Vol.62. Nº 02. Junio.1999

SCHMITT, A. “Sexual Meetings of East and West: western Tourism and Muslim Immigrant Communities”. En SCHMITT, ARNO et JOHEDAR, J. *Sexuality and Eroticism among Males in Moslem Societies* . Harrington Park Press. 1992.

SCHUSTER, A. coord. *The Legal Handbook for LGBT Rights in Europe..* Equal Jus. Project. Disponible en: www.ilga-europe.org

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., “La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español”, *Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*.

SINOÛ, D. « L’élargissement de la protection minoritaire à travers la pratique du Comité des droits de l’homme de l’ONU », *L’Observateur des Nations Unies*, (3) 1997.

- « Les sanctions communautaires à l’égard de pays tiers », in PICCHIO FORLATI, Laura / SICILIANOS, Lino-Alexandre (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2004, pp. 603-635.

- « Premier bilan d’activité de l’Agence des droits fondamentaux : enjeux et défis d’un nouveau mécanisme de suivi des droits fondamentaux dans l’Union européenne », *Droits fondamentaux*, nº 9, janvier-décembre 2012, (www.droits-fondamentaux.org).

- « La conditionnalité politique des accords externes de l’Union européenne », in MONDIELLI, Éric / LAMBLIN-GOURDIN, Anne-Sophie (dir.),

Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 195-200.

SKUY, D. "Macaulay y el Código Penal de la India de 1862: el mito de la superioridad inherente y la modernidad, de Régimen Jurídico Inglés en comparación con el sistema legal de la India en el siglo XIX". *Modern Asian Studies*. Vol 32. N°3. Julio de 1998,

SMITH, M. "Political Institutions and Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada". *Canadian Journal of Political Science*. Vol. 42, N°4, Diciembre 2009.

SOLER SÁNCHEZ, M. "Las limitaciones del Derecho como Solución a los nuevos Retos de las Migraciones", in *Sociedad civil e inmigración* (coord. Vicente Garrido Mayol), Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003.

THATER, G. *Joint UNCHR/Council of Europe Colloquium on the Role of the Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons*, 15 & 16 June 2011. Strasbourg, France.

THOMAS, K. "Beyond the Privacy Principle". *After Identity*, ed. D Danielson and K Engle, Routledge, Nueva York, 1995.

TORRES, M. "La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano". *Revista de Historia de Derecho*. N° 12, Madrid, 2002

TÜRK, V. "Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern". *Invisible in the City: Urban Protection Gaps Facing Sexual Minorities Fleeing Persecution*, HIAS LGBTI Symposium Geneva, 20-21 September 2012

URQUIDI CARRILO, J.E. "Consideraciones Históricas en Torno al Asilo". *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N°13. 1981.

VERDOODT, A. "Genèse et expansion de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: Rôle de René Cassin», en *Recueil des Cours: Textes et Sommaires*, Strasbourg, Institut International des Droits de l'Homme, 1998

VEYNE, P. "Homosexuality in Ancient Rome" En ARIES et BEJIN, A. *Western Sexuality: Practice and Precept in Past and Present Times*. Oxford University Press. 1985

VIDAL MARTÍNEZ, J. "Algunas observaciones sobre el concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art 10. 1 de la Constitución Española)", *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1990

VIVÓ UNRARRENA, E. "Utrumque ius: La Institución del Derecho de Asilo". *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº4, Madrid, 1993.

WAALDIJK, C. y BONINI-BARALDI, M.T. *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive* The Hague: T.M.C. Asser Press. 2006.

YECIES, S: "Sexual Orientation, Discrimination, and the Universal Declaration of Human Rights". *Chicago Journal of International Law*, Nº11-2. 2011.

2. Documentos internacionales

2. 1. Tratados y Convenciones internacionales sobre derechos humanos

Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco, 26 de junio de 1945

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Ginebra, 28 de julio de 1951.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Nueva York, 31 de enero de 1967

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Asamblea General, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General, Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Asamblea General, Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1984

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Asamblea General, Resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990

Convención para reducir los casos de apatridia. Conferencia de Plenipotenciarios, 30 de agosto de 1961

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Conferencia de Plenipotenciarios, Resolución 526 A (XVII), 28 de septiembre de 1954

2.2. Declaraciones sobre derechos humanos aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/63/635. 22 de diciembre de 2008.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokyo). Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. A/RES/53/144, 08 de marzo de 1999

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, 12 de junio de 1993

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración del milenio. A/RES/55/2, 13 de septiembre de 2000

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Asamblea General, Resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985

2.3. Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género 17º período de sesiones Tema 8 de la agenda Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. A/HRC/RES/17/19. 14 de julio de 2011.

2.4. Documentos del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. PILLAY, N. Statement by UN High Commissioner for Human Rights to the Panel on ending violence and discrimination against individuals on the basis of their sexual orientation and gender identity at the Human Rights Council 19th Session . Ginebra, 7 marzo de 2012.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. PILLAY, N.. Video Message. Oslo Conference on Human Rights. Sexual Orientation and Gender Identity. Oslo, 15-16 de abril de 2013.

2.5 Documentos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra 1992

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional N°9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre la protección internacional: “pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/02 7 de mayo de 2002

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional: la “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/04

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/01 7 de mayo de 2002

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.* Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal. Dirección de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. 21 de octubre de 2008.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Opinión Consultiva del ACNUR para la Asociación de Abogados de Tokio respecto de las solicitudes de la condición de refugiado por motivos de orientación sexual,* 3 de septiembre de 2004

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra. 2001.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. "UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution". *International Journal of Refugee Law*, Special Issue Autumn 1997.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. "Moving Further Toward a Common European Asylum System". *UNCHR's statement on the EU asylum legislative package*. Junio 2013.

2.6. Documentos de otros órganos de las Naciones Unidas y notas de prensa

SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. KI-MOON. B. Remarks on the Special Event on Leadership in the Fight against Homophobia. Nueva York. 11 de diciembre de 2012

SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. KI-MOON, B. Message to event on ending violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. 8 de Diciembre de 2011

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. "Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, Éxodos en Masa y Personas Desplazadas. Informe del Representante del Secretario general, Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos." E/CN.4/1998/53/Add.2

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Prevention and treatment of HIV and other sexually transmitted infections among men who have sex with men and transgender people: recommendations for a public health approach. 2011

PNUD INDIA. Legal recognition of gender identity of transgender people in India: current situation and potential options. 2012.

NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa - Press Release, The United Nations Office at Geneva, Human Rights Council Holds Interactive Debate with Mandate Holders on Right to Health, Extreme Poverty, and Violence Against Women . 4 de junio de 2010.

NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa - Press Release, General Assembly, Human Rights Council Texts Declaring Water, Sanitation Human Right; Also Holds Lengthy Exchange on Report on Sex Education; Hears UN Experts on

Torture, Human Trafficking, Extreme Poverty, Physical and Mental Health, U.N. Press Release GA/SHC/3987. 25 de octubre de 2010.

2.7. Dictámenes y observaciones de los Comités creados en virtud de los tratados de derechos humanos

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. U.N. Doc. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General No. 18 (E/C.12/GC/18),

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES:

Observación General N°20: La no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales. 2009. E/C.12/GC/20

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 13 de enero de 2001, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005, Doc. de las UN: CCPR/C/89/D/1361/2005 de 14 de mayo de 2007.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen c. Australia, Comunicación N° 488/1992

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young c. Australia, Comunicación N° 941/2000, Doc. de las NU: CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003.-

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 19: Artículo 23. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1) (July 27, 1990);

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 28: Artículo 3. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1) (Mar. 29, 2000).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General. No. 34 (CCPR/C/GC/34), para. 26.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Observaciones Finales Chile. A/54/40 vol. I., 1999. Observaciones Finales. Chipre. A/53/40 vol. I. 1998. Observaciones Finales. Estados Unidos de América. A/50/40 vol. I. 1995. Observaciones Finales. Lesoto. A/54/40 vol. I. 1999. Observaciones Finales. Rumanía. A/54/40 vol. I. 1999.

Observaciones Finales. Sudán. A/53/40 vol. I.1998. Observaciones Finales. Zimbabue. A/53/40 vol. I. 1998.

COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General N° 18: Mujeres Discapacitadas 10th Sess., 3, U.N. Doc. A/46/38; GAOR, 46th Sess., Supp. No. 38. 1992.

COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General N° 19: Violencia contra las mujeres. U.N. Doc. A/47/38.1993

COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General n° 21: La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. U.N. Doc. A/49/38. 1994

COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General N° 24: La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.1999

COMITÉ CONTRA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observación General N° 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 2010.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA Observación General No. 2: Implementation of Article 2 by States parties, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 .2008

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°4.La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/4 33° período de sesiones. 19 de mayo a 6 de junio de 2003. –

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/3

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°. 9 Los niños indígenas y sus derechos bajo la Convención. CRC/C/GC/11. 2009

2.8 Documentos de Mecanismos Especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas

GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS. Opinión N° 7/2002 (Egipto), de 21 de junio de 2002 E/CN.4/2003/8/Add.1

GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS Opinión N° 22/2006 (Camerún) de 31 de agosto de 2006. Doc. A/HRC/4/40/Add

RELATOR ESPECIAL CONTRA LA TORTURA. Informes del Relator Especial A/57/173, 2 de julio de 2002, para. 16, E/CN.4/2004/56

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. Informe A/65/162. 23 de julio de 2010.

RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. Informe Misión en Colombia, E/CN.4/2005/64/Add.3, 26 de noviembre de 2004

RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. Informe E/CN.4/2003/67, 30 de diciembre de 2002,

RELATOR ESPECIAL SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA. Informe A/56/156,

RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Informe A/HRC/17/26/Add.2,

RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Informe. E/CN.4/2006/61/Add.1,

RELATORA ESPECIAL SOBRE LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES. Informe. E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002

REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIADO GENERAL PARA LA SITUACIÓN DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS. Informe A/HRC/7/28/Add.2,

REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIADO GENERAL PARA LA SITUACIÓN DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS. Informe E/CN.4/2001/94

3. Documentos de la Unión Europea

3.1. Normativa de la Unión Europea

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 6655/7/08. REV 7

UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2000. DOCE. 2000/C 364/01

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 27 de noviembre de 2000. DOCE n° L 303 de 02/12/2000

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. DOUE. L326/13

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) DO L 204 de 26.7.2006,

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. DIRECTIVA 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. 29 de abril de 2004. DOUE L158/ 77 30.04.2004.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2011/95/UE del 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.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 25 de octubre de 2012. DOUE L 315/57 14.11.2007.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) de 26 de junio de 2013. D.O.U.E. L 180/60 29.6.2013.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) de 26 de junio de 2013 D.O.U.E. L 180/96. 29.6.2013

3.2 Resoluciones del Parlamento Europeo

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP))

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 5 de julio de 2012, sobre los actos de violencia cometidos contra las lesbianas y los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) en África (2012/2701(RSP)).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 17 de septiembre de 1998 sobre la igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE. No B4- 0824 and 0852/98.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 18 de enero de 2006 sobre la homofobia en Europea OJ C 74 E. Resolución de 15 de junio de 2006 sobre el incremento de violencia racista y homófoba en Europa. OJ C 300 E

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 19 de enero de 2011 sobre la violación de la libertad de expresión y la discriminación por motive de orientación sexual en Lituania.. OJ 2012 C 136.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas. P7_TA(2011)0427.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 8 de febrero de 1994 sobre la Igualdad de Derechos de los Homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea. No A3-0028/94.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución, de 14 de diciembre de 2011, sobre la próxima Cumbre UE-Rusia que se celebrará el 15 de diciembre de 2011 y el resultado de las elecciones a la Duma celebradas el 4 de diciembre de 2011 P7_TA(2011)0575.

3.3 Documentos del Consejo de la Unión Europea

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) people. Reunión del Consejo de Asuntos Exteriores. Luxemburgo. 24 de junio de 2013.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Conclusions of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 November 2007, on improving the quality of teacher education (2007/C 300/07) Council Conclusions of 12 May 2009 on a strategic framework for European cooperation in education and training (2009/C 119/02)

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Posición del Consejo en primera lectura con vista a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo que establecen las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.* 6 de junio de 2013

3.4. Documentos de la Comisión de la Unión Europea

COMISIÓN EUROPEA. Memo. "A Common European Asylum System". Strasbourg, 12 de junio de 2013. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-532_en.htm

COMISIÓN EUROPEA. Turkey 2009 Progress Report. Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010. COM (2009) 533

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Bruselas, 2.7.2008 COM(2008) 426 final . 2008/0140

COMISIÓN EUROPEA. Comunicado de Prensa. La Comisión refuerza los ámbitos de la justicia y de los derechos fundamentales en los futuros presupuestos de la UE. 15 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.guiafc.com/images/pdfs/2011-IP-1349.pdf>

COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DO C 177 E de 27.6.2000

3.5 Documentos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Estadística de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia. Mayo 2013. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/survey/2012/eu-lgbt-survey>

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: 'Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States'. 2009

AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 'Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the European Union Member States: Part II—The Social Situation'. 2008

3.6. Documentos de la Agencia EUROSTAT

AGENCIA EUROSTAT. *EU Member States granted protection to more than 100 000 asylum seekers in 2012*. News release. 96/2013 - 18 June 2013

AGENCIA EUROSTAT. National accounts and GDP. Disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/National_accounts_%E2%80%93_GDP

3.7. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Van Gend en Loos. C- 26/62 ECR.1963

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia D, y el Reino de Suecia contra el Consejo de la Unión Europea C-122/99 (2001) ECR I-4319.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z / Minister voor Immigratie en Asiel. 7 de noviembre de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Grant v. South-West Trains. C-249/96. ECR 1-621.1998

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia KB contra NHS Trust Pension. C-117/01, ECR I-541.2004

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen C-267/06. 2008

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia P. contra S. y Cornwall County Council, C-13/94. IRLR 347. 1996

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia Richards contra Secretary of State for Work and Pensions. C-423/04, ECR-I-3585.2006

4. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

4.1 Normativa del Consejo de Europa

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950.

CARTA SOCIAL EUROPEA. (Revisada). Firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

4.2. Documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation 1470 (2000) Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe. 2000.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation 1915 (2010)- *Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*. 29 Abril de 2010.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Asuntos Sociales, de Salud y de Familia. 'Child and teenage suicide in Europe: A serious public-health issue Report', Doc. 11547, 27 de marzo de 2008

4.3. Documentos del Comité de Ministros del Consejo de Europa

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Recomendación CM/Rec(2010)5 a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. 31 de marzo de 2010.

COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. Message from the Committee of Ministers to Steering committees and other committees involved in intergovernmental cooperation at the Council of Europe on equal rights and dignity of lesbian, gay, bisexual and transgender persons. 2 de Julio de 2008.

COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation No.R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech". 30 de Octubre de 1997.

COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. Recommendation Rec (2009) on the concept of "membership of a particular social group". (MPSG) in the context of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees. 30 de junio de 2004.

COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA. Reply to Recommendation 1470 (2000)- Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe. 7 de marzo de 2011.

COMITÉ DE MINISTROS. CONSEJO DE EUROPA Resolución 50 (99). 104ª sesión celebrada el 7 de mayo de 1999 en Budapest..

4.4. Documentos del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa

COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Consejo de Europa Publicaciones. Estrasburgo. Junio 2011.

COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Estrasburgo, 29 de julio de 2009. CommDH/IssuePaper(2009)2.

4.5. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia *F.contra el Reino Unido*. Recurso nº 17341/03. 22 de Junio 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia Jeffrey Dudgeon contra Reino Unido. Nº7525/76. 1981.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. , Sentencia McCann y Otro c. Reino Unido. Nº 17/1994/464/545, de 27 de septiembre de 1995.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de Alekseyev v. Russia, recursos Nos. 4916/07, 25924/08 et 14599/09. 21 Octubre de 2010

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *D.B.N contra el Reino Unido*. Recurso nº26550/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 3 de mayo de 2007, Caso Baczkowski y otros c. Polonia. Nº 1543/06

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *Dudgeon contra Reino Unido* (no 7525/76) 1981.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia *I.N.N contra los Países Bajos*. Recurso nº2035/04. 20 de diciembre de 2004.

4.6. Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Conclusions 2012. Turkey*. Enero 2013..

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Defence for Children International v. Belgium, Complaint. No 69/2011*. Decision on the merits. 23 de octubre de 2012.

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *Defence for the Children International v. Belgium, Complaint No.69/2011*. Decision on the merits of 23 October 2012.

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*. Complaint No 45/2007. Decision on the merits. 30 de marzo 2009.

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. *International Federation of Human Rights League v. France*, Complamt No. 14/2003, decision on the merits of 8 de septiembre de 2004

5. Documentos de otras organizaciones regionales

5.1. Normativa de otras organizaciones regionales

DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá : Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. III-3ª

ORGANIZACIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA. Convención reguladora de los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa). Firmada en Addis Abeba septiembre de 1969. Art.2. Disponible en: http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAba_ba_10September1969_0.pdf

5.2. Jurisprudencia de otros organismos regionales

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Caso Forum of Conscience v. Sierra Leone, Comunicación N° 223/98 (2000),.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagran-Morales y Otros) c. Guatemala. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° OC-18/03,

6. Documentos de otros países

6.1. Normativa de otros países

ARGELIA. Código Penal. Ordenanza 66-156 del 8 de junio de 1966.

ARGENTINA. Ley de Identidad de Género. Ley 26.743. Promulgada el 23 de mayo de 2012.

BARBADOS. Ley de Delitos Sexuales de 1992.

CANADA. Civil Marriage Act. SC.2005. c.33. 20 de julio de 2005

ECUADOR. Constitución de 20 de Octubre de 2008.

GUYANA. Ley del Código Penal. Disponible en: www.oas.org/jurídico/spanish/guy.htm

INDIA. Código Penal de 6 de octubre de 1860. Entrada en vigor en 1862. Disponible en: <http://pnjabrevenue.nicin/crime13.htm>

KENIA. Laws of Kenya 1985. Art 162. Unnatural Offences. SINGAPUR. Statues of the Republic of Singapore 1986.

LIBIA. Código Penal de 1953. Modificado Parcialmente por Ley 40 de 2 de Octubre de 1973.

MARRUECOS. Código Penal de 26 de Noviembre de 1962

MEXICO, DISTRITO FEDERAL. Decreto de 21 de diciembre de 2009 por la que se modifica el Código Civil para el Distrito Federal.

PAKISTAN. Código Penal. Ley XLV de 1860. Disponible en: www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html

PORTUGAL. Código Penal de 15 de septiembre de 2007.

REINO UNIDO. Sexual Offences Act, 2003. Disponible en: www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents

REPÚBLICA TURCA DEL NORTE DE CHIPRE. (Estado solo reconocido por la República de Turquía) Código Penal, versión 1954. Disponible en : <http://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap154.pdf>

SINGAPUR. Statues of the Republic of Singapore 1986.

MAURITANIA. Ordennace N° 83-162 du 9 juillet 1983 portant institution d'un Code Penal. Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie n° 608-609 Date de promulgation : 09.07.1983 date de publication : 29.02.1984 Ordonnance n° 83.162 pp. 112- 149. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/491c1ffc2.pdf>

YEMEN. Código Penal de 1994. En GERMAN BUNDESTAG: Printedpaper 16/3597,

RUSIA. Ley federal modificadora del Código de Ofensas Administrativas de 12 de junio de 2013.

SUDÁN. Ley N°8, 1991. Disponible en: http://www.ecoi.net/le_upload/1329_1202725629_sb106-sud-criminalact1991.pdf

U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Facts about Discrimination in Federal Government Employment Base don Marital Status, Political Affiliation, Status as a Parent, Sexual Orientation, or Transgender (Gender Identity) Status. Disponible en: www.eeoc.gov/federal/otherprotections.cfm

6.2. Jurisprudencia de otros países

AUSTRALIA. AUSTRALIAN FEDERAL COURT. MMM contra Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, 1998, 90 FCR 324, 326-27

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº175.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. TRIBUNAL SUPREMO. Asunto Lawrence contra Texas, 539 U.S. 558, 2003

INDIA. TRIBUNAL SUPERIOR DELHI. N°14436 of 2009.

INDIA. TRIBUNAL SUPREMO. CIVIL APPEAL NO 10972 of 2013. Disponible en: www.orian.net/377/wp-content/2013/12/Naz-judgment-SC.pdf

ITALIA. TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO. Sentencia 15981/2012

NEPAL. Dictamen del Tribunal Supremo. Asunto *Pant V. Nepal*. 21 de diciembre de 2007. Disponible en: www.bds.org.np/decision.html

PAÍSES BAJOS. Judgement of Aug 13 1981 Afelding.Rechtspraak (Judicial Commission of the Council of State) No A-2.1113 Rechtspraak Vluchtelingenrecht No 5 1981.

REINO UNIDO. Court of Appeal. England and Wales. 18 November 2009. *JM (Uganda) and OO (Sudan) v Secretary of State for the Home Department*. 2009. EWCA. Civ 1432; 2010. All. ER (D) 17 (jun).

REINO UNIDO. Supreme Court 7 July 2010, HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; [2011] 1 A.C. 596.569

TRIBUNAL FEDERAL DE AUSTRALIA. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs contra Kord. 125 FCR 68.

U.S. COURT OF APPEALS. Paredes contra U.S. Attorney General, 219 F.Ap'x 879, 887

7. Documentos del ordenamiento jurídico español

7.1. Normativa española

ESPAÑA. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995), modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

ESPAÑA. Código Penal del Ejército de 1884 y Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, en vigor hasta la promulgación del Código de Justicia Militar de 1845, que unificó la justicia militar de los tres Ejércitos.

ESPAÑA. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras, que modificó el Estatuto de los Trabajadores. BOE n°313.

ESPAÑA. Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento (BOE, 11 de enero de 1979, núm 10)

ESPAÑA. CÓDIGO PENAL. Reforma operada por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995. BOE num. 281

ESPAÑA. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995), modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

ESPAÑA. CODIGO PENAL. Ley Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Código Penal, BOE nº152.

ESPAÑA. CONSEJO DE MINISTROS. Resolución de 6 julio 1998, que aprueba el Estatuto Básico de los Centros de Acogida a Refugiados del IMSERSO y desarrolla la Orden 13-1-1989. BOE 7 agosto 1998, núm. 188/1998

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE. núm.189.

ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31/10/2009.

ESPAÑA. Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE. núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

7.2 Jurisprudencia española

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 53/02, de 27 de febrero.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Sentencia de 21 septiembre 2012. RJ 2012\8940.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.Sentencia de 16 de junio de 2011 RJ. 125/2010.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico. Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias) 2009-2012.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 13 de diciembre de 2007. RJ nº 4529/2004.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. RJ. 6006/2002

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 21 de septiembre de 2012 .RJ 2012/8941.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Sentencia de 21 abril 2006. RJ 2060

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª Sentencia 12 de abril de 2005 RC. 5085

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª Sentencia de 10 de octubre de 2011. RC 3933.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 21 septiembre de 2012. RJ 8941

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 29 de abril de 2011. RC.3986 en relación con las STS de 18 de diciembre de 2008, RC 6141/2005, 16 de junio de 2009, RC 1290/2006, y 30 de octubre de 2009, RC 1063/2006

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª Sentencia de 16 de febrero de 2009.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 9 de octubre de 2009. RJ. 233/2006.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Sentencia de 22 diciembre 2006. RJ 8186. En relación con los artículos 17 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995 (RCL 1995, 741).

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª . Sentencia de 24 de febrero de 2011. RC 1156.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª . Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 8940

AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 23 de mayo de 2007. Rec. N° 412/2004.

AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 30 de enero2005 Rec. N° 278/2005.

AUDIENCIA NACIONAL. .Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª . Sentencia de 19 de diciembre de 2008. Rec. N° 1399/2007 y Sentencia de 13 de enero de 2009. Rec. N°1528/2007

AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Sentencia de 4 de julio de 2007. Recurso número 118/2007

AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO CONTENCIOSO. Sentencias de 19 de diciembre de 2008 y Sentencia de 13 de enero de 2009.

AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8ª. Sentencia de 7 noviembre 2008.. Recurso número 48440

AUDIENCIA NACIONAL.SALA DE LO CONTENCIOSO. Sentencia 2862/2012, de 13 de junio de 2012. Nºrec. 535/2011.

8. Documentos de Asociaciones internacionales o de Conferencias de Expertos

ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SEXOOGÍA. Declaración del 13.º Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1999 en el XV Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China. Disponible en: <http://www.fess.org.es/derechos-sexuales.php>.

CENTRO LAUTERPACHT DE INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS INTERNACIONA et ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. "Resumen de las Conclusiones- Principio de no-devolución". *Mesa redonda de expertos en Cambridge*. 9-10 de julio de 2001

CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS. Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo de 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

9. Documentos de ONGs y entidades defensoras de derechos humanos

AMNISTIA INTERNACIONAL Torture and Imprisonment for Actual or Perceived Sexual Orientation, 2001. Disponible en: www.amnesty.org/en/library/info/MDE12/033/2001

COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI. Vivir sin miedo. La protección del asilo frente a la persecución por motivos de género. 2013.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. CEAR. Informe: La situación de las personas refugiadas en España. 2013.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. EUSKADI. Persecución por motivos de género y derechos de asilo: del contexto global al compromiso local. El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Bilbao, 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH Kuwait: End Police Abuses Against Transgender Women. 15 de enero de 2012. Disponible en <http://www.hrw.org/news/2012/01/15/kuwait-end-police-abuses-against-transgender-women>

HUMAN RIGHTS WATCH. "Turkey: Homophobic Violence Points to Rights Crises" Hrw.org. 21 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2008/05/21/turkey-homophobic-violence-points-rights-crisis>

HUMAN RIGHTS WATCH. In a Time of Torture: The Assault on Justice In Egypt's Crackdown on Homosexual Conduct, 2004. Disponible en: www.hrw.org/en/reports/2004/02/29/time-torture.

HUMAN RIGHTS WATCH. Saudi Arabia: Drop “Cross-Dressing” Charges. 2009. Disponible en: www.hrw.org/en/news/2009/06/24/saudi-arabia-drep-cross-dressing-charges

HUMAN RIGHTS WATCH. They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq.2009. Disponible en : www.hrw.org/reports/2009/08/17/they-want-us-exterminated. In a Time of Torture: The Assault on Justice In Egypt’s Crackdown on Homosexual Conduct, 2004. www.hrw.org/en/reports/2004/02/29/time-torture.

HUMAN RIGHTS WATCH. This Alien Legacy: The Origins of “Sodomy” Laws in British Colonialism. 2008. Disponible en: www.hrw.org/en/reports/2008/12/17/alien-legacy-0

HUMAN RIGHTS WATCH. Saudi Arabia: Men “Behaving Like Women” Face Flogging. 2007.

ILGA. ITABORAHY, L. y ZHE,J. Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo. 8ªEd. Mayo de 2013. Disponible en: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2013.pdf

ILGA-EUROPE. Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe . 2013. Disponible en: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/15245131/2013.pdf>

ILGA-EUROPE. Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers. ILGA Europe.2011

INTERNATIONAL PLANIFIED PARENTHOOD FEDERATION. Declaración sobre Derechos Sexuales: una Declaración de IPPF. Octubre de 2008. Disponible en: http://ippf.org/sites/default/files/ippf_sexual_rights_declaration_spanish.pdf

ORAM. Opening doors. A global survey of NGO attitudes towards refugees and asylum seekers. 2012.