



FACULTAD DE DERECHO

La orientación sexual y la identidad de género como motivos de protección internacional

Especial consideración al asilo

Autora: Filipa Maria Iraizoz Valido-Viegas
5º E-5

Derecho Internacional Privado
Tutora: Salomé Adroher Biosca

Madrid
Abril 2019

Índice

1.	Introducción	5
1.1.	Justificación de la elección del tema.....	5
1.2.	La orientación sexual y la identidad de género. Precisiones conceptuales y consideración social	6
1.3.	La orientación sexual y la identidad de género y los Derechos Humanos: ámbitos universal, europeo y español	8
1.4.	La orientación sexual e identidad de género y la protección internacional	13
2.	Marco jurídico de la protección internacional por motivos de orientación sexual y/o identidad de género	15
2.1.	Marco internacional	15
2.1.1.	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	15
2.1.2.	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra de 1951, CG)	15
2.1.3.	Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Protocolo de Nueva York de 1967).....	16
2.1.4.	Principios de Yogyakarta de 2007.....	17
2.1.5.	Manuales y directrices del ACNUR.....	17
2.2.	Marco comunitario.....	19
2.2.1.	Carta de Derechos Fundamentales UE.....	20
2.2.2.	Directivas de Reconocimiento: 2004/83/CE y 2011/95/UE.....	20
2.2.3.	Directivas de Procedimiento: 2005/85/CE y 2013/32/UE	21
2.2.4.	Directivas de Acogida: 2003/9/CE y 2013/33/UE	22
2.3.	Marco español.....	22
2.3.1.	Constitución Española.....	22
2.3.2.	Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (primera Ley de Asilo) y su Reglamento (RD 203/1995)	23
2.3.3.	Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (o Ley de Asilo).	23
3.	La orientación sexual y/o identidad de género en las solicitudes de asilo y los problemas jurídicos de calificación	26
3.1.	Temor fundado de persecución	26
3.1.1.	Problema del COI.....	27
3.2.	Actos de persecución	28
3.2.1.	Problema de la criminalización.....	30
3.2.2.	Problema de la discreción	32
3.3.	Agentes de persecución y falta de protección.....	34
3.3.1.	Problema de la posibilidad de desplazamiento interno y protección estatal.....	34
3.4.	Motivo de la persecución: pertenencia a un grupo social determinado	36
3.4.1.	Problema de la calificación como grupo social determinado.....	37
3.4.2.	Problema de la naturaleza de la sexualidad	38
3.4.3.	Problema de los estereotipos.....	39
3.4.4.	Problema de la credibilidad.....	40
3.5.	Breve conclusión sobre la calificación de la orientación sexual y la identidad de género	44
4.	Conclusiones	46
	Bibliografía	49

Siglas empleadas en el Trabajo

ACNUDH	Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
CG	Convención de Ginebra de 1951
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
COI (en inglés)	Información del país de origen (<i>country of origin information</i>)
DR	Directiva de Reconocimiento
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FRA (en inglés)	Agencia Europea de Derechos Fundamentales
ICCPR (en inglés)	Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
LA	Ley de Asilo
LGBTI	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales
OAR	Oficina de Asilo y Refugio. Ministerio del Interior. Gobierno de España
ONU	Organización de Naciones Unidas
OSIG	Orientación sexual e identidad de género
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

La orientación sexual y la identidad de género como motivos de protección internacional

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección del tema

El presente trabajo pretende cuestionar que la forma de entender la orientación sexual y la identidad de género (OSIG) en los países de acogida, basada en nociones generalizadoras, estereotipadas y reduccionistas, y carente de una perspectiva de género e interseccional, tiene como consecuencia la imposición de criterios y requisitos en la evaluación de solicitudes de protección internacional por motivo de orientación sexual y/o identidad de género que no se dan en otro tipo de solicitudes. La arbitrariedad de las decisiones y de los criterios utilizados tiene como consecuencia una deficiente defensa y aplicación de los Derechos Humanos y la desprotección de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) en su acceso a la protección internacional.

A lo largo del trabajo, se identifican los principales problemas de la construcción jurídica de las solicitudes de protección internacional por razones de OSIG, mediante un examen del conjunto normativo de protección internacional que aborda la OSIG, un análisis de la doctrina especializada que estudia esta cuestión y las conclusiones que ha alcanzado la jurisprudencia en la materia, desde un enfoque de Derechos Humanos. Como tal, el punto de partida es que la protección internacional con motivo de OSIG no requiere la creación de unos derechos nuevos o exclusivos para el colectivo LGBTI (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011), sino la correcta y efectiva aplicación de los principios de universalidad y no discriminación de los Derechos Humanos, en este caso, en el derecho al asilo.

El contacto con distintos tipos de solicitantes de asilo, habiendo trabajado especialmente en peticiones de aquellos perseguidos por su orientación sexual y/o su identidad de género durante mi período de prácticas en CEAR y en el ejercicio actual como voluntaria en el mismo organismo, me han permitido constatar las dificultades concretas a las que se enfrentan estos solicitantes en la evaluación de sus casos.

Estas observaciones, desarrolladas a lo largo de mi trabajo en el departamento jurídico de CEAR, han tenido como consecuencia que este trabajo pretenda dar visibilidad a la realidad de los solicitantes de protección internacional que sufren persecución en sus países de origen por su

orientación sexual e identidad de género, además de superar las lagunas jurídicas, proponiendo soluciones que garanticen el respeto y la aplicación de los derechos humanos de forma igual y no discriminatoria a todos los solicitantes de protección internacional.

1.2. La orientación sexual y la identidad de género. Precisiones conceptuales y consideración social

A efectos del presente trabajo, y en relación a la orientación sexual, se entiende que el concepto de LGB incluye a aquellas mujeres que mantienen relaciones sexuales y/o vínculos emocionales con otras mujeres (lesbianas), a los hombres que establecen relaciones sexuales y/o vínculos emocionales con otros hombres (gays), y a los individuos que pueden mantener relaciones sexo-afectivas tanto con hombres como mujeres (bisexuales) (Epprecht, 2010). En lo relativo a la identidad de género, completan el acrónimo LGBTI las personas transgénero, aquellas cuyo género no coincide con el sexo asignado en el momento del nacimiento.¹ Por último, las personas intersexuales, son aquellos individuos que nacen con una anatomía reproductiva o sexual y/o patrones de cromosomas que no se ajustan con las típicas nociones biológicas de hombre o mujer (ACNUR, 2012). Todo ello es lo que se desmarca de la configuración “*jerárquica y binaria del género y la estricta conformación heteronormativa de las relaciones afectivo-sexuales*”: la cis-heteronormatividad (Díaz Lafuente, 2014: 13). Estas nociones, no obstante, responden a la concepción occidental de la OSIG, y no representan la diversidad, las diferentes formas de autoidentificación y el tratamiento jurídico y social de estas realidades que existen en otras regiones del planeta (Sauer & Podhora, 2013).

En África, algunos estudios insisten en la “no africanidad” de la homosexualidad, a pesar de la documentación y estudios antropológicos al respecto que contradicen dicho pensamiento, demostrando que, especialmente en épocas precoloniales, el continente poseía y apreciaba la diversidad sexual y de género (Murray & Roscoe, 1998; Epprecht, 2010). La homofobia en África es resultado de una mezcla de causas de distintos orígenes. Causas externas son colonialismo y procesos de proselitismo cristiano, de los que quedan vestigios de legislaciones que tipificaban actos contra natura o inmorales, pero también musulmán, en aplicación de la ley islámica, la Sharia. Causas internas son los nacionalismos, movimientos anti-occidentales o las sociedades patriarcales, que han conformado rígidas nociones binarias del género y de

¹ Lo opuesto son las personas cisgénero, cuyo género sí coincide con el sexo asignado al momento de nacer.

heteronormatividad (Hellweg, 2015, Kuloba, 2016). Este rechazo se materializa en la actual legislación de la región; según el último informe publicado de “Homofobia de Estado” de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (en adelante, ILGA) (2019: 305-394), África se presenta como el continente con la mayor criminalización de la homosexualidad del mundo: 26 países africanos castigan en sus códigos penales o *de facto*, en algunos casos con penas de prisión o incluso con pena de muerte, los actos consensuales entre adultos sin hacer distinción de sexo² y 7 criminalizan estos actos sólo entre hombres³.

De forma similar se arraigó en América Latina una concepción cismática del género y una consecuente heterosexualidad normativa. Especial presión recae sobre los hombres para cumplir con el papel dominante, del “macho”, en la sociedad sobre la mujer (RedLAC, 2018). Diversos informes describen la región de América Central y Caribe como la más represiva y homófoba del mundo (ILGA, 2019; ACNUR, 2018). ILGA (2019: 397-425) identifica 5 países que criminalizan los actos consensuales entre adultos del mismo sexo⁴ y 4 entre hombres⁵.

El tratamiento de la diversidad sexual e identidad de género en los países árabes, según Needham (2013), queda reducido a la intimidad, negando de forma colectiva la existencia de dicha diversidad y supone un desafío para la cis-heteronormatividad sobre la que se sostiene un férreo sistema patriarcal. También resulta relevante mencionar el entendimiento árabe de las relaciones de poder, que se reflejan en la sexualidad, donde se establece una fuerte distinción entre el rol activo y el pasivo, asociados necesaria y respectivamente al hombre y a la mujer. De esta forma, el hombre adulto que somete a uno más joven se traduce en un mero reflejo de la jerarquización de la sociedad y no como una aceptación de “*relaciones afectivas duraderas y estables entre personas del mismo sexo*” (Díaz Lafuente, 2014a: 67-70). Así, 13 países asiáticos

² Estos países son: Argelia, Botsuana, Burundi, Camerún, Chad, Comoras, Egipto (no *de iure*, pero sí *de facto*), Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Liberia, Libia, Malawi, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Senegal, Somalia, Sudán, Sudán del Sur, Tanzania, Túnez, Uganda y Zambia.

³ Kenia, Mauricio, Namibia, Sierra Leona, Suazilandia, Togo y Zimbabue.

⁴ Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, San Vicente y las Granadinas y Santa Lucía.

⁵ Granada, Guyana, Jamaica y San Cristóbal y Nieves.

(no necesariamente musulmanes) castigan los actos consensuales entre adultos⁶ y 11 la penalizan exclusivamente entre hombres⁷ (ILGA, 2019: 429-494).

Este breve repaso de la aceptación de la diversidad sexual y de la identidad de género en el mundo no puede conducir a la ingenuidad de afirmar que el mundo occidental, auto-proclamado como protector de los derechos humanos, garantiza la plena igualdad de derechos para el colectivo LGBTI (Sauer & Podhora, 2013), aunque sin duda ha recorrido un largo trayecto en el camino de la despenalización, protección e inclusión del colectivo LGBTI. En Europa, a pesar de que desde 2003 no existen leyes que penalicen las relaciones homosexuales (Kanstrom, 2009) las medidas legislativas que prohíben la discriminación, que reconocen las uniones entre personas del mismo sexo o que permiten la reasignación de sexo, la homofobia, bifobia y transfobia todavía se mantienen en la sociedad y se traducen en actos de violencia y discriminatorios especialmente en el ámbito sanitario, laboral, educativo y privado.

1.3. La orientación sexual y la identidad de género y los Derechos Humanos: ámbitos universal, europeo y español

Los principios de universalidad y no discriminación rigen la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, según el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que reza que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”.

La explicitación de la no discriminación queda plasmada en los principales instrumentos normativos de derechos humanos, generalmente detallando aquellas circunstancias que históricamente han sido instrumentalizadas para segregar, discriminar o perseguir a los seres humanos. Así, el artículo 2 de la DUDH indica que no se ha de hacer “*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*” en cuanto a los derechos y libertades proclamados en la misma. La misma enumeración de motivos ha de ser tomada en cuenta en el respeto de los derechos según el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Afganistán, Arabia Saudita, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Indonesia (en dos provincias), Irak (no *de iure*, sí *de facto*), Irán, Malasia, Maldivas, Omán, Siria, Sri Lanka y Yemen.

⁷ Bangladés, Brunei, Bután, Gaza, Kuwait, Líbano, Myanmar, Pakistán, Singapur, Turkmenistán y Uzbekistán.

Resulta llamativo que en estos listados, presentes en declaraciones y normativas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, no se mencione expresamente la discriminación por motivos de OSIG cuando ésta, junto a las otras condiciones arriba mencionadas, fue un motivo de persecución en la Alemania nazi (Türk, 2013). Una visión estrictamente positivista de estos textos podría llegar a cuestionar que el principio de no discriminación se aplique a la OSIG de una persona al no encontrarse explicitada en estas enumeraciones de circunstancias. Así, la primera tarea del presente trabajo consiste en afirmar y demostrar que las personas LGBTI, por el mero hecho de ser seres humanos y en aplicación del principio de no discriminación, tienen igualdad plena en derechos, independientemente de su OSIG, como cualquier otra persona que no se encuadre dentro del colectivo LGBTI. Así lo ha entendido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011: párr. 5) al afirmar 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.”

Sin embargo, esta visión no resulta tan evidente al observar el escenario normativo y fáctico del mundo, el cual se presenta como un abanico de dispares consideraciones sobre la OSIG. La tendencia legislativa internacional y, definitivamente, la de los Estados occidentales, en esta materia se inclina hacia el reconocimiento y respeto de realidades que no se encuadran dentro de las relaciones sexo-afectivas normativas. Ello, sin embargo, supone una comprensión de las relaciones sexo-afectivas y de los conceptos de “sexo” y “género” que no necesariamente coincide con el resto de culturas.

El vacío en la normativa internacional se explica, pues, con el estigma que continúa suponiendo este tema en un mosaico de sociedades que tiene tan fragmentadas e inconsistentes respuestas a las violaciones de derechos humanos basadas en la OSIG. Los autores de los tratados de derechos humanos tuvieron en cuenta esta complejidad y por ello el listado de motivos por los que queda prohibida la discriminación no es exhaustivo y suele terminar con la frase “*cualquier otra condición social*”, dejando así la puerta abierta a los Estados para integrar paulatinamente problemáticas nuevas en sus ordenamientos jurídicos, como pueden ser la edad, la discapacidad,

la salud o la OSIG (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párr. 7). Con todo, no se puede ignorar que aún debiendo “*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*” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1993: párr. 5). En su discurso con motivo del Día de los Derechos Humanos en 2010, el entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, rechazando la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género recordó tajantemente que “*en caso de conflicto entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, deben primar estos*” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párr. 2).

Si bien aún no existe consenso doctrinal y político en la fundamentación jurídica de los derechos relativos a la OSIG, en el marco de una creciente institucionalización de los derechos humanos y de un desarrollo de teorías académicas concernientes a la sexualidad y al género, se ha podido observar en las últimas décadas un progresivo protagonismo y reconocimiento de los mismos en el debate iusinternacionalista (Jansen & Spijkerboer, 2011; Richard, 2013; Türk, 2013), al ser consideradas un elemento fundamental de la identidad, personalidad, y, en definitiva, de la dignidad del ser humano.

La predisposición a entender la OSIG como aspectos esenciales de la personalidad y la dignidad se ve reflejada en los más recientes y diversos cuerpos legales, tanto en el plano internacional, como regional o estatal. El más claro ejemplo de ello a nivel internacional son los Principios de Yogyakarta de 2007 que, si bien no vinculantes, son el referente para la aplicación del aparato normativo internacional de derechos humanos con un enfoque centrado en la OSIG. En su introducción y preámbulo, haciendo una breve referencia a los principios de universalidad e igualdad, afirma rotundamente que “*la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso*” y que “*el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de género es esencial para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres*” (CIJ, 2007: 6-7).

Múltiples organismos de Naciones Unidas han integrado las cuestiones de OSIG tratadas en los Principios de Yogyakarta en sus áreas de trabajo: como se ha podido observar en las citas

anteriores, el ACNUDH se encuentra entre estas entidades, pero también UNICEF, la UNESCO, el ACNUR, la OIT, la OMS o el ONUSIDA, entre otras (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011).

En el ámbito de la unión Europea, la atención a los derechos humanos enfocados a las personas LGBTI se ha desarrollado significativamente en los últimos años (Colpani & Habed, 2014). Esto queda demostrado por el hecho de que el primer informe completo sobre la *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea* se publicara en 2008. Estas cuestiones se han ido reconociendo como elementos fundamentales de la personalidad, merecedores de protección frente a la discriminación, a través de construcciones jurídicas diferentes. Por un lado, el proceso de reconocimiento de la orientación sexual se ha erigido a través de la vía legislativa. El artículo 2.7. del Tratado de Ámsterdam explicitaba por primera vez el rechazo de la discriminación por motivos de orientación sexual al indicar la intención del Consejo de 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.*” El artículo 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), documento jurídicamente vinculante tras el Tratado de Lisboa (Díaz Lafuente, 2014a), prohíbe de forma explícita la discriminación por motivo de orientación sexual.

Por otro lado, el reconocimiento de la identidad de género se está aún forjando gracias a la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siguiendo la tendencia de asentar la fundamentación sobre los principios de igualdad y no discriminación, el TJUE, por primera vez, en el Asunto C-13/94 de *P contra S y Cornwall County Council* de 30 de abril de 1996, sobre el despido de una persona transexual, declaró que “*22. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger*”. El Tribunal afirmó en el Índice que:

“*[...]En efecto, dado que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. Debe extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado*”.

Sin embargo, esta extensión de la igualdad y la no discriminación resulta todavía insuficiente puesto que sólo alcanza a aquellas personas que se han sometido a un tratamiento médico o quirúrgico de reasignación de sexo, mientras que el espectro de la identidad de género abarca otras realidades: son numerosos los casos de personas que bien por propia decisión, por motivos médicos o por falta de recursos, deciden no someterse a este procedimiento (ACNUR, 2012).

A nivel nacional, el Preámbulo y los artículos 1.1, 10 y 14 CE supusieron la confirmación del compromiso del Estado Español con los derechos humanos, “*la consagración de la igualdad de todos los españoles, como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho*”, y todo ello constituyó “*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*” (Díaz Lafuente, 2014a: p. 419). En efecto, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 14 CE ha confirmado que incluye la OSIG, como se observa en la STC 41/2006, de 13 de febrero:

[...] la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 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; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE (FJ Tercero).

Por otro lado, los artículos 510, 511, 512, 515, pertenecientes al Título XXI, *delitos contra la Constitución*, del Código Penal, tipifican los delitos de odio, la denegación de prestación de un servicio al que se tiene derecho, o las asociaciones ilícitas “*que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia*” con motivo de una serie de supuestos, entre los que se incluye tanto la orientación sexual como la identidad de género.

La integración de la OSIG como elementos fundamentales de la personalidad se muestran tan enraizados en el ordenamiento jurídico español, que el articulado de diversas disposiciones legales recogen estas dos condiciones como objeto de protección jurídica. Muestra de ello es el artículo 2.d) de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reconoce como interés superior del menor “*la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*”

1.4. La orientación sexual e identidad de género y la protección internacional

Las complejas y contradictorias formas de aceptación y reconocimiento de la comunidad LGTBI en las distintas regiones del mundo tienen como consecuencia que, a día de hoy, aún se registren casos de violencia física, como asesinatos, palizas, secuestros, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violaciones y agresiones sexuales, crímenes de honor; violencia psicológica, como amenazas, coacción o terapias de conversión; criminalización de la homosexualidad con el resultado de penas de muerte, privaciones de libertad o acusaciones de conducta inmoral o desviada contra personas que suponen una amenaza o un desafío de las normas de género imperantes (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011: párr. 20; CEAR, 2015), o en otras palabras, de la cis-heteronormatividad. La perpetuación de la discriminación, hostigamiento y agresiones, ampliamente documentadas por diversas organizaciones internacionales y observadores de Derechos Humanos, de las que son objeto estas personas, provoca que se vean obligadas a abandonar sus países por ser perseguidas o temer una persecución con motivo de su OSIG.

Las sociedades de acogida se enfrentan entonces a una nueva problemática: reconocer la posibilidad de concesión de protección internacional por motivos de OSIG. Sin embargo, como reflejo de las divergentes consideraciones que reciben la OSIG en el Derecho, el reconocimiento del estatus de refugiado o la concesión de otros tipos de protección internacional a las personas LGTBI sigue distintos criterios según el país y, por tanto, alcanza diferentes resultados. Se critica habitualmente que, por falta de conocimiento, formación y sensibilidad, o incluso intolerancia hacia este colectivo, el examen de las solicitudes de protección internacional LGTBI es “*confuso y arbitrario*”, basando las denegaciones en estereotipos que conducen a exigencias y requisitos

que a menudo vulneran derechos fundamentales de los solicitantes (Lewis & Naples, 2014; Rada, 2016: p.82). Ello, por su parte, encuentra explicación en la escasa atención académica que reciben la homofobia, la transfobia en la protección internacional a nivel estatal o comunitario (Jansen & Spijkerboer, 2011).

2. MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO

Analizada la progresiva integración de la OSIG como cuestiones fundamentales de la identidad y dignidad de una persona en el Derecho Internacional de derechos humanos, este capítulo estudiará cómo quedan éstas reconocidas dentro del derecho de asilo en el plano internacional, comunitario y nacional.

2.1. Marco internacional

Dado que los derechos fundamentales, así como el principio de no discriminación, son aspectos fundamentales de la Convención de 1951 y el derecho internacional de los refugiados¹², la definición de refugiado debe interpretarse y aplicarse con la debida atención a ellos, incluyendo la prohibición de no discriminación relacionada con la orientación sexual e identidad de género (ACNUR, 2012).

2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La DUDH establece en su artículo 14.1. que *“en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”* La DUDH proporciona una definición muy abierta de refugiado, que no establece los requisitos que se han de dar para que se considere que existe una persecución. Ello podría fácilmente amparar que una persona LGBTI, perseguida por su OSIG busque y disfrute de asilo, como derecho humano reconocido. Sin embargo, la única alusión a la orientación sexual (y no a la identidad de género) se encuentra en la Introducción de la Declaración, donde se hace un llamamiento a la universalidad de los derechos humanos, pues son *“los derechos inalienables de todas las personas, en todo momento y en todo lugar”*.

2.1.2. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra de 1951, CG)

Al derecho de asilo, como derecho humano que es, *“subjetivo, personalísimo y fundamental”*, y no un derecho de los Estados a concederlo (Díaz Lafuente, 2014: p. 207), se le aplican los principios de universalidad y no discriminación, por lo que una persona LGBTI no debería verse excluida del acceso a este derecho en el caso de persecución. Cuestión distinta es si la OSIG pueden constituir un motivo de persecución, dado que no existe una mención explícita

de estas condiciones en el artículo 1.A.2) , que entiende que el término de “refugiado” se aplica a toda persona que

[...] como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º 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.

La limitación temporal que encontramos en este artículo (“*acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951*”) respondía a los intereses de los Estados contratantes, que buscaban limitar sus obligaciones (ACNUR, 1992). Resulta relevante destacar también la limitación geográfica que hace la Convención en su siguiente apartado, al poder los Estados contratantes optar por los acontecimientos anteriores al 1 de enero de 1951 acaecidos exclusivamente en Europa, o “*en Europa o en otro lugar*”.

2.1.3. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Protocolo de Nueva York de 1967)

El Protocolo de Nueva York, en su artículo 1.2., eliminaba la limitación temporal contemplada en la CG, pasando a recoger también los acontecimientos que ocurrieran a partir del 1 de enero de 1951. Se borraban también las fronteras geográficas, aunque respetando las declaraciones hechas por los Estados contratantes se hubiesen optado por otorgar protección a los refugiados provenientes exclusivamente de Europa.

Visto que la intención del Protocolo era aumentar el alcance de la protección internacional, entendiendo que habían “*surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada*” (1), podría parecer que se gestaba el momento idóneo para ampliar también la definición de refugiado. Esta, sin embargo, se mantuvo intacta y no incluyen referencias a la persecución por motivos de OSIG. El reconocimiento de “*nuevas situaciones*”, podría, no obstante, servir como fundamento jurídico de la protección internacional por estas causas.

2.1.4.Principios de Yogyakarta de 2007

Con el objetivo de enfrentar las inconsistentes respuestas de la comunidad internacional a las violaciones de derechos humanos de las personas LGBTI, veintinueve expertos, encomendados por la Comisión Internacional de Juristas (por sus siglas en inglés, ICJ), desarrollan los Principios de Yogyakarta, unos “*principios jurídicos internacionales*” que sirvieran de herramienta para la “*aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos*” en relación con la OSIG (ICJ, 2007: pp.6-7). No constituyen, pues, un nuevo cuerpo legal vinculante, sino que son herramientas de *soft law* que tratan de aclarar la naturaleza, el alcance y la implementación de las obligaciones de derechos humanos de los Estados, de las organizaciones internacionales, no gubernamentales y cualquier otra entidad, en un marco normativo internacional ya existente (Sauer & Podhora, 2013: p.138; 2010; Brown 2010).

Traducidos a los seis idiomas de la ONU, los Principios de Yogyakarta consisten en un listado de derechos humanos aplicados a la OSIG, acompañados de recomendaciones. Entre ellos, se encuentra el Principio 23, que afirma que “*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*” y prohíbe el *refoulement* si “*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*”.

Algunos autores se muestran cautelosos a la hora de evaluar los logros de los Principios de Yogyakarta, pero afirman que, sin duda, han contribuido significativamente como herramienta de aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos en el contexto de la OSIG, siendo frecuentemente utilizados por los organismos de la ONU como el ACNUR, gobiernos, tribunales, o activistas (Türk, 2013).

2.1.5.Manuales y directrices del ACNUR

El ACNUR ha ido desarrollando, desde la entrada en vigor de la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, manuales y políticas de actuación para que las autoridades estatales, abogados, jueces y otros operadores jurídicos encargados de tomar decisiones, y demás entidades realicen una correcta interpretación y aplicación de sus disposiciones (Türk, 2013).

Así, se publica por primera vez en 1979 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* cuya principal misión era dar una “*explicación de la definición del término ‘refugiado’*”, apoyándose en la información recopilada por ACNUR durante 25 años y los principios establecidos por su Comité Ejecutivo (ACNUR, 1992). A pesar de las sucesivas actualizaciones que se dieron hasta 1992, no se encuentra ninguna referencia a la persecución con motivo de la OSIG del solicitante de protección internacional.

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 pretendía suplir este vacío, proporcionando por primera vez un amplio estudio sobre las experiencias concretas de las personas perseguidas por su OSIG y las cuestiones jurídicas que levantan este tipo de solicitudes de protección internacional (Türk, 2013; Rada, 2016), amparándose por primera vez en los Principios de Yogyakarta.

El *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado* (2011a), viene a sustituir el anterior Manual de 1992 y está complementado por diez documentos, las Directrices, que se habían ido publicando desde 2002 y profundizaban en temas específicos para garantizar una mayor efectividad a la hora de abordar la protección internacional. De estas, nos resultan relevantes cuatro, desarrolladas a continuación.

Las *Directrices sobre Protección Internacional No. 1* (2002a) abordan las solicitudes de asilo por motivos de género, que es una variable que se ha de tener en cuenta durante todo el procedimiento, para asegurar una correcta evaluación de las solicitudes, particularmente si se trata de mujeres. Sin embargo, el estudio incluye también la OSIG, afirmando que las solicitudes de protección internacional basadas en estos motivos, “*contienen un componente de género*”. En efecto, confirman la teoría de la doctrina en cuanto a la peligrosidad que puede suponer la OSIG del solicitante cuando ésta desafía la cis-heteronormatividad, pues “*se niega a observar los roles y las expectativas sociales o culturales atribuidas a los miembros de su sexo*”, hecho que lo “*somete a hostilidad pública excesiva, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente*”, o incluso a la criminalización de las relaciones homosexuales, lo que podría equivaler a persecución. (ACNUR, 2002a, párr. 16-17)

Las *Directrices sobre Protección Internacional No. 2* (2002b) clarifican el entendimiento que se ha de hacer sobre el cuarto motivo de persecución: pertenencia a un grupo social determinado. Explica que no hay un listado definitivo de grupos que constituyen este término, y que debe hacerse una lectura “*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*”, lo que deja la puerta abierta a la inclusión de las personas perseguidas por su OSIG en esta categoría. También elabora una definición que recoge los enfoques dominantes sobre lo que constituye un grupo social determinado, que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

Las *Directrices sobre Protección Internacional No. 6* (2008), relativas a las solicitudes de asilo por motivos religiosos, se podrían conectar también con la OSIG. En el párrafo 21, las Directrices indican que el cumplimiento forzoso de prácticas religiosas puede constituir persecución “*si se convierte en una interferencia intolerable con las propias creencias religiosas del individuo, su identidad o su forma de vida y/o si el incumplimiento acarrea castigos desproporcionados*”.

Reemplazando la Nota de orientación de 2008, las *Directrices sobre Protección Internacional No. 9* (2012), sobre las solicitudes de asilo relacionadas con la OSIG, reconocen definitivamente que éstas se pueden encuadrar en el artículo 1A(2) de la CG de 1951 y hacen un estudio integral de las mismas y de las intersecciones que en ellas se pueden encontrar aumentando la vulnerabilidad: “*los cinco motivos de la Convención, es decir, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política, no son mutuamente excluyentes y pueden solaparse*”, como venían indicando también las anteriores Directrices (ACNUR, 2012: párr. 40). En efecto, un defensor de derechos humanos LGTBI, además de la persecución por OSIG, podría enfrentarse a una motivada por opiniones políticas o religiosas, si su país de origen entiende que su activismo contraviene los principios políticos o mandatos religiosos.

2.2. Marco comunitario

Si bien la transposición del régimen de asilo comunitario al nacional aún muestra muchas deficiencias (FRA, 2015), la Unión Europea se encuentra a la vanguardia del reconocimiento de la protección internacional a solicitudes basadas en OSIG (Rada, 2016). Así, a medida que la UE

desarrolla su Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), se van progresivamente incorporando en la normativa comunitaria de asilo las cuestiones relativas a la OSIG (Tsourdi, 2013).

2.2.1. Carta de Derechos Fundamentales UE

El artículo 18 CDFUE 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*”. Como se observa en la normativa más general de derechos humanos ya analizada, no se hace mención explícita a los motivos por los que el asilo se garantizará, quedando estos definidos en las directivas que se examinarán en los siguientes epígrafes.

2.2.2. Directivas de Reconocimiento: 2004/83/CE y 2011/95/UE

Durante la primera fase del SECA, la Directiva 2004/83/CE, “*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*” supuso el primer paso en el reconocimiento de la protección internacional por motivos de OSIG en la UE. El artículo 10.1. reproduce los mismos motivos de persecución de la CG, de tal forma que para que ser reconozca la condición de refugiado, debe existir una persecución basada en uno o varios de los siguientes motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas. El apartado d), relativo a la pertenencia a un grupo social determinado, sin embargo, declara que la orientación sexual, “*atendiendo a las circunstancias imperantes del país de origen*” (matiz que será criticado en el análisis de la legislación española), puede ser considerada como característica común que conforma el grupo social. La identidad de género no se aborda explícitamente, laguna que sería cubierta con la siguiente Directiva de Reconocimiento 2011/95/UE. En ella, el nuevo artículo 10.1.d), manteniendo el reconocimiento de la orientación sexual, añade que “*los aspectos relacionados con el sexo de la persona*”, como la identidad de género, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la pertenencia a un grupo social determinado. Esta disposición, si bien supone un avance en la protección de las LGTBI perseguidas, cuando define el concepto de grupo social determinado recoge las dos corrientes doctrinales, unidas por una “y”, lo que podría traducirse como requisitos acumulativos, planteando diversos problemas jurídicos a la hora de calificar los casos, que, como se mencionó anteriormente, serán estudiados en el tercer capítulo. La doctrina especializada y el ACNUR, sin embargo, defienden que estos

criterios deben operar de forma alternativa. Por otro lado, no han sido traspuestas a todos los regímenes de asilo de la UE y aún siéndolo, el tratamiento que reciben en los Estados miembros varía considerablemente (ACNUR, 2012; Tsourdi, 2013; Díaz Lafuente, 2014b).

Por otro lado, estas directivas son relevantes porque introducen otro tipo de protección internacional, la protección subsidiaria, que es aquella que se concede cuando, no satisfechos los requisitos para ser refugiado, se dan motivos fundados para creer que el solicitante, en el caso de ser devuelto a su país de origen, corre un riesgo real de sufrir daños graves (pena de muerte, tratos inhumanos o degradantes, o amenazas graves contra la vida o integridad en una situación de violencia indiscriminada). La protección subsidiaria se revela fundamental en el caso de las solicitudes LGBTI porque la prueba de sufrir graves daños a causa de la criminalización de la homosexualidad en el país de origen resulta significativamente más factible que demostrar la perpetración de una persecución individualizada hacia el solicitante (Rada, 2014). Esta afirmación es debida a la existencia de bases de datos que recogen información del país de origen (COI, por sus siglas en inglés), recopilada por innumerables organizaciones y observadores internacionales documentando las penas de muerte o torturas a las que se enfrenta la comunidad LGBTI.

2.2.3. Directivas de Procedimiento: 2005/85/CE y 2013/32/UE

Estas Directivas tienen por objeto establecer las normas que regulan los procedimientos de reconocimiento o denegación del estatuto de refugiado. La primera, 2005/85/CE, no contiene ninguna mención de la OSIG de los solicitantes de asilo. La modificación de esta Directiva de Procedimiento, la 2013/32/UE, visiblemente más sensible en cuestiones de género (Díaz Lafuente 2014b:359), pasó a incluir en sus artículos 11 y 15 la toma en cuenta de circunstancias personales de ciertos solicitantes, que por su vulnerabilidad puedan necesitar “*garantías procesales especiales*”, mencionando explícitamente la OSIG. Así, el artículo 11.3, sobre los requisitos de la resolución de la autoridad decisoria, permite que los Estados miembros dicten “*una resolución única que se aplique a todas las personas a cargo*” si la solicitud está basada en los mismos motivos, a no ser que ello suponga la revelación de circunstancias particulares de un solicitante, poniendo en peligro sus intereses, “*en particular en aquellos casos en que se trate de persecución por razones de género, orientación sexual, identidad de género y/o edad*”. Por su parte, el artículo 15, que establece los requisitos de la entrevista personal, en su apartado 3.a) exige que la

persona encargada tenga las facultades y conocimientos para tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, “*incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad*”. Los artículos 18 y 25.5 establecen los criterios mínimos para el uso de las pruebas médicas para probar la credibilidad del relato, exigiendo el consentimiento voluntario y libre del solicitante, el absoluto respeto a su dignidad, intimidad e integridad física y psicológica, la cualificación profesional médica y la gratuidad. Estos artículos resultan fundamentales para esta materia al ser innumerables los casos en los que se ha sometido a solicitantes LGBTI a pruebas médicas invasivas para demostrar su OSIG.

Todas estas disposiciones requieren el desarrollo de un mecanismo de identificación de personas vulnerables a través del cual las autoridades tengan en cuenta sus circunstancias personales *ab initio* y a lo largo del procedimiento para que reciban una atención adecuada a las mismas. Ello exige un arduo esfuerzo de formación y medios, y ha sido de las cuestiones más criticadas por los Estados miembros, pero su cumplimiento se revela esencial para que los solicitantes LGBTI logren manifestar el motivo de su persecución (Díaz Lafuente, 2014b).

2.2.4. Directivas de Acogida: 2003/9/CE y 2013/33/UE

La Directiva 2003/9/CE y su posterior modificación, la Directiva 2013/33/UE, regulan las normas mínimas de acogida de los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea. El artículo 21 establece que los Estados miembros deberán tener en cuenta la situación específica de “personas vulnerables” y ofrece un listado ejemplificativo. Si bien no existe una mención explícita a la OSIG, la doctrina entiende que las personas LGBTI deben ser incluidas en esta enumeración, dada su vulnerabilidad en los centros de acogida (ILGA, 2017; Díaz Lafuente, 2014b; Tsourdi, 2014) y en especial de las personas trans, quienes, dentro del colectivo, sufren más abusos (Bach, 2013).

2.3. Marco español

2.3.1. Constitución Española

En términos generales, el derecho de asilo está reconocido en nuestra Carta Magna, en su artículo 13.4, que encarga un desarrollo legislativo posterior de “*los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar de [este derecho] en España*”, que

resultó en la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*.

2.3.2. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (primera Ley de Asilo) y su Reglamento (RD 203/1995)

La primera Ley de Asilo no explicita ninguno de los cinco tradicionales motivos de persecución, sino que en su artículo 3 remite a la CG y al Protocolo de Nueva York, tanto para las causas de concesión como de denegación del asilo. La inclusión de la OSIG se mantenía, así, inexistente en el Derecho de asilo español, dado que no están contenidas en ninguno de los dos cuerpos legales a los que se remite. En el desarrollo reglamentario de la primera Ley de Asilo a través del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, se mantiene la misma lógica y no se enumeran los motivos de persecución. Al igual que en la ley, únicamente se hace referencia a “*conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso*” que pueden conducir a la constitución del estatus de refugiado y su posterior reconocimiento.

A pesar de la ausencia de un reconocimiento explícito de la OSIG como motivo de persecución, la jurisprudencia española se mostraba proclive a admitirlo, siendo ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo 7098/2005 de 30 de noviembre, por la que se declaró la procedencia de admitir a trámite la solicitud de asilo de un hombre moldavo que afirmaba ser perseguido y discriminado en su país a causa de su orientación sexual.

2.3.3. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (o Ley de Asilo).

El artículo 3 de la nueva Ley de Asilo 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.

Se trata de una disposición novedosa, pues incluye de forma explícita la OSIG junto con los motivos tradicionales de persecución. Se detalla más la consideración de los motivos de OSIG en el artículo 7.e), donde la incluye dentro de grupo social determinado, y que, al igual que la Directiva 2011/95/UE, utiliza las dos principales interpretaciones doctrinales de lo que constituye

este grupo: en primer lugar, la posesión de *“una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien [...] una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella”* y/o en segundo lugar, que el grupo sea *“percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores”*.⁸

El mismo apartado añade que la inclusión de la *“orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad”* y *“motivos de género”* a un grupo social determinado se establecerá *“en función de las circunstancias imperantes en el país de origen”*, *“sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar”* al reconocimiento del estatuto de refugiado. Añade también que no se podrá entender como orientación sexual *“la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”*.

A la hora de regular la protección internacional por motivos de OSIG, el legislador se muestra extremadamente cauto, introduciendo una serie de restricciones que suscitan una serie de cuestiones en cuanto a su pertinencia, que, según Díaz Lafuente (2014b:351), parecen responder a unos *“temores subyacentes de ‘efecto llamada’”* de cualquier persona LGBTI que sufra o tema sufrir persecución, o de un *“‘abuso de derecho’ por parte de aquellas personas que o bien no son [LGBTI] o bien no sufren o no temen realmente sufrir tal persecución”*. La primera de estas restricciones es la remisión a las *“circunstancias imperantes en el país de origen”*. Observando los otros motivos que son objeto de protección internacional en la Ley de Asilo, resulta evidente que sobre ellos no recae este requisito, lo que se presenta como una discriminación de los motivos de OSIG frente a los clásicos. Coloca además a los solicitantes de protección internacional LGBTI en una situación de inseguridad jurídica en el caso de que no se disponga de COI suficiente o revelador de las circunstancias que imperan en ese país en lo relativo a la OSIG. Sobre la segunda restricción, referente a los actos delictivos, Díaz Lafuente (2014b) y CEAR (s.f.) coinciden en considerarla innecesaria, ambigua y manifiestamente discriminatoria: es innecesaria porque en su artículo 8, la Ley de Asilo prevé los motivos de exclusión de la condición de refugiado, donde se incluye la comisión de delitos graves; también es ambigua porque los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo no constituyen un delito en el

⁸ También es el caso de las leyes de asilo en Portugal o las directrices normativas de Austria o Reino Unido, donde tanto la orientación sexual como la identidad de género se incluyen explícitamente dentro de la pertenencia a un grupo social determinado (Jansen & Spijkerboer, 2011: p.14).

ordenamiento español; y por último resulta discriminatoria, porque de la misma forma que en la restricción anterior, ésta no recae sobre los demás motivos de persecución susceptibles de protección internacional.

La Ley 12/2009 también incorpora la protección subsidiaria, en los términos contemplados por las Directivas de Reconocimiento, que como se ha estudiado, resultan beneficiosos para las solicitudes de protección internacional en las que el elemento probatorio de la persecución por motivos de OSIG resulta inviable. Así, si al ser devuelta a su país de origen, la persona LGBTI corriera el riesgo real de sufrir algún daño grave contemplado en el artículo 10 (pena de muerte, tortura y trato inhumano o degradante o amenazas graves contra la vida o integridad en una situación de violencia indiscriminada), se le debería conceder esta protección, que suple la principal.

Por otra parte, se contempla en el artículo 46.3 un tercer tipo de protección en el caso de que las dos primeras no se concedan: la autorización de permanencia por razones humanitarias. El artículo 46.1 enuncia que esta protección se tendrá en cuenta ante la situación de especial vulnerabilidad, enumerando un listado de colectivos que resulta un calco del recogido en el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE.

Conviene recordar que la Disposición Final Tercera de la Ley de Asilo “ autoriza al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses” el desarrollo reglamentario de la Ley, donde se podrían integrar las cuestiones relativas a la OSIG tratadas por las Directivas de Reconocimiento, Procedimiento y Acogida, pero, diez años después, aún no se ha reunido la suficiente voluntad política para hacerlo.

3. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y/O IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS SOLICITUDES DE ASILO Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE CALIFICACIÓN

Son muchos los Estados y regiones que han dado pasos significativos en el reconocimiento de la OSIG como motivo de protección internacional. Las primeras solicitudes de protección internacional con base en la OSIG se reconocieron en la década de 1980, aún sin haberse elaborado las distintas notas orientativas del ACNUR. Sin embargo, la evolución de este reconocimiento ha sido divergente en cada país (e incluso dentro del mismo) y existen diferencias considerables en la forma de examinar las solicitudes LGBTI. Esto resulta especialmente conflictivo en el ámbito de la UE, contradiciendo la trayectoria que se debe tomar para lograr el SECA.

Remitiéndonos a la definición proporcionada en el segundo capítulo, en el presente se destacarán ciertos elementos de la noción de *refugiado* y en ellos identificar los principales problemas que surgen en la construcción jurídica de las solicitudes de protección internacional por motivos de OSIG y los criterios utilizados por los Estados a la hora de resolver estos casos. Así, nos centraremos en el temor fundado de ser perseguido, los actos de persecución, el agente de persecución, la imposibilidad de acogerse la protección del país de origen y el motivo de la persecución.

3.1. Temor fundado de persecución

El término *temor fundado* constituye un componente clave de la definición de persona refugiada, pues nos conduce a valorar a la vez los dos elementos que lo conforman: uno subjetivo (*temor*), y otro objetivo (*fundado*). En primer lugar, el temor nos lleva a analizar el estado de ánimo y la condición subjetiva del solicitante de asilo, por lo que se debe prestar especial atención su testimonio para procediendo así a una evaluación de sus declaraciones y encontrar en ellas los elementos que han conformado su temor, que se pueden completar con informes psicosociales elaborados ya en el país de acogida para corroborar este factor subjetivo (ACNUR, 2011).

El temor, como elemento subjetivo, necesita ser valorado en relación con una serie de circunstancias objetivas en las que sustentarse, esto es, debe ser fundado. Para ello, se debe proceder a la valoración de las circunstancias objetivas que imperan en su país de origen en

relación a la situación de la persona solicitante y la falta protección que se proporciona a la misma, lo que nos conduce al primer problema.

3.1.1. Problema del COI

Se hace entonces de vital importancia la disponibilidad de COI que detalle la situación jurídica pero también social y política del colectivo LGBTI en su país de origen para evidenciar que el temor del solicitante se construye en un clima de intransigencia y efectiva persecución. Sin embargo, la elaboración de COI sobre el colectivo LGBTI en los países donde es perseguido es de extrema dificultad, dada la habitual clandestinidad del trabajo de organizaciones de derechos humanos que se centran en estos temas y ocultamiento de la OSIG (CEAR, s.f.; Pangilinan 2013). Por otra parte, la invisibilidad de las mujeres lesbianas, bisexuales y trans en los informes de COI obstaculiza aún más la comprobación de persecución en estos casos (Jansen & Spijkerboer, 2011). Esto quedó demostrado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio donde, además de no otorgar ninguna credibilidad a la acumulación de actos discriminatorios sufridos por una mujer trans de Costa Rica (“(...) *ninguna nueva prueba convincente se ha presentado en esta sede jurisdiccional sobre la realidad de la persecución por razón de su orientación sexual y sus causas, pero con independencia de tal carencia los problemas relatados parecen guardar más relación con la actividad de prostitución y los conflictos generados por esta causa.*”), se entendió que no corría ningún tipo de peligro en el país, haciendo una interpretación extremadamente restrictiva del COI disponible:

Tampoco los Informes consultados sobre la situación socio-política en Costa Rica ponen de manifiesto una realidad de opresión sistematizada contra dicho colectivo ni que sufra acoso merecedor de protección a través del asilo, antes bien, se prevé en el Código Penal de dicho país como delito las discriminaciones por razón de sexo (FJ cuarto).

Por ello, McDonald-Norman (2017:88) defiende que el COI no debe ser entendido como una guía objetiva y exhaustiva de los acontecimientos en un país en particular, “como si de un narrador omnisciente se tratara”. Recuerda que todas las fuentes de COI son informes selectivos y editados de circunstancias particulares, de enfoque y amplitud variables. Así, los informes deben interpretarse en lugar de tomarlos como prueba determinante del reconocimiento de la condición de refugiado, teniendo debidamente en cuenta sus lagunas, sesgos, prioridades y uso previsto.

Las dificultades para construir el relato de un solicitante de asilo LGBTI a través del COI son transversales a los distintos elementos de la definición de refugiado que se analizan en este trabajo. Por ello y por cuestiones de espacio, se harán breves alusiones al asunto sin volver a entrar en detalle, a no ser que ese elemento posea una peculiaridad digna de mención.

Según establece el artículo 26.2 de la Ley de Asilo (en adelante, LA), bastará que aparezcan indicios suficientes de los actos de persecución o daños graves, para que se demuestre el temor fundado, y por tanto, pueda ser reconocida la condición de refugiado con la consiguiente concesión de asilo. Resulta especialmente clarificadora la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio, en la cual se confirma el principio jurisprudencial de indicios suficientes para la prueba del relato:

(...) no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas - más bien sucede justamente lo contrario-, lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud. (...) Ello significa que a diferencia de lo que sucede, en cuanto a exigencia probatoria, en otra clase de procesos y asuntos, en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria cuando en ella se respetan esas exigencias y cuando de su evaluación crítica por parte de los Tribunales cabe extraer como conclusión la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen (FJ sexto).

Como conclusión de este epígrafe, cabe recordar la exigencia de la comprobación de las “circunstancias imperantes en el país de origen” en los casos de OSIG de la Directiva 2011/95/UE y de nuestra Ley de Asilo, que opera de forma discriminatoria frente a otros tipos de persecución (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas) sobre los que no se aplica dicha condición. Urge pues, prescindir de esta disposición con el objetivo de que las circunstancias personales del solicitante LGBTI sean debidamente estudiadas, sin estar sujetas de forma tan estricta al COI, en un plano de igualdad con el resto de motivos de persecución.

3.2. Actos de persecución

Aunque en la CG no viene definida explícitamente la persecución, ésta es ampliamente entendida como violaciones de los derechos humanos fundamentales, entre ellos de la vida o la libertad y otro tipo de daños graves (ACNUR, 2012). Por otro lado, la doctrina especializada (Hathaway & Pobjoy, 2012) recuerda que la CG utiliza la forma pasiva, *ser perseguido*, para demostrar un riesgo existente que evidencia un fracaso de la protección estatal. Así, concluimos

que si se da la combinación de violación de derechos y falta de protección, se constituye una persecución.

Al igual que la CG no dispone de una definición de persecución, tampoco especifica los actos que la constituyen. En la normativa comunitaria y española, sin embargo, sí encontramos un listado (que es igual en ambas) que especifica qué actos pueden constituir una persecución en el sentido del artículo 1.A.2) de la CG. Así, según el artículo 9.1.a) de la Directiva de Reconocimiento 2011/95/UE (DR) y el artículo 6.1.a) LA, estos deberán ser: en primer lugar, *“suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado para constituir una violación grave de los derechos fundamentales”*, en particular aquellos contemplados en el artículo 15.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El artículo 9.2 DR y el 6.2 LA ejemplifican estos actos, pudiendo revestir, entre otras, las formas de: violencia física, psíquica y sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias o que se aplican de forma discriminatoria; procesamientos o penas desproporcionados o discriminatorios; la denegación de la tutela judicial derivándose de ella penas desproporcionadas o discriminatorias; procesamientos o penas debidos a la negativa a prestar servicio militar cuyo cumplimiento supondría un delito comprendido en las cláusulas de exclusión del reconocimiento del estatuto de refugiado; y por último, actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

Los artículos 9.1.b) DR y 6.1.b) LA añaden que la persecución también puede constituirse a través de *“una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)”*. Este matiz resulta muy importante porque refuerza la idea de que con carácter reiterado, la discriminación, *“elemento común en las experiencias de muchas personas LGBTP”* (ACNUR, 2012: párr. 17), puede ser constitutivo de persecución. Las Directrices nº 9 del ACNUR lo confirman, indicando que la discriminación tienen un efecto acumulativo por el cual, si resulta *“en consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para la persona en cuestión”* se equipara a la persecución.

Por exigencia de los artículos 9.3 DR y 6.1 LA, los actos constitutivos de persecución tienen que estar motivados por un supuesto recogido en la normativa, que supone una violación de derechos humanos, hecho que desarrollaremos en el apartado 3.4. del presente trabajo.

Podemos, sin embargo, adelantar que, partiendo de las definiciones doctrinales, en el caso de la persecución por OSIG, se deduce que las violaciones de derechos humanos están relacionadas con los roles asignados a los géneros cuando las personas tienen una orientación sexual o una identidad de género que desafía lo normativo (CEAR, s.f.).

A la hora de identificar las conductas del país de origen del solicitante que puedan encuadrarse en el listado de actos constitutivos de persecución, el ACNUR (2012) indica que las más frecuentes son las amenazas de abusos graves y violencia física, psíquica y sexual. Algunas de estas agresiones son específicamente dirigidas hacia las personas LGBTI, como las terapias o detenciones en instituciones psiquiátricas que tienen por objeto modificar la OSIG de una persona. Sin embargo, la más clara y evidente es la criminalización de las relaciones entre personas del mismo sexo⁹, a la que los operadores jurídicos, no obstante, colocan barreras para reconocer el estatuto de refugiado al solicitante de asilo.

3.2.1. Problema de la criminalización

En muchos casos, como se ha observado en la Introducción, el Derecho penal de los países de origen prohíbe formalmente las relaciones o conductas entre personas del mismo sexo, con castigos de pena de prisión, latigazos y en ocasiones de muerte, lo que, tras la definición proporcionada en este apartado, debería entenderse como acto constitutivo de persecución al significar graves violaciones de derechos humanos, como puede ser la vida, la libertad, la integridad o la intimidad. No obstante, para la mayoría de Estados de acogida, identificar la criminalización como acto de persecución tiene un matiz: entienden que la mera existencia de leyes que tipifican la OSIG no tradicional como delito no supone necesariamente que la vida o integridad del solicitante esté en peligro y por tanto, no demuestra su temor fundado de ser perseguido. Son numerosos los casos de países de acogida que requieren que la aplicación efectiva de estas normas sea habitual y en algunos casos, se exige que hayan sido específicamente aplicadas en el caso del solicitante (Gray & McDowall, 2013; Śledzińska-Simon & Śmieszek, 2013). Una reciente sentencia de la Audiencia Nacional (75/2017 de 6 de febrero) así lo demuestra:

⁹ Aunque pueda parecer que esta medida solo afecta a personas homosexuales y bisexuales, también concierne a las personas trans, a quienes, según la identidad de género que se les reconozca en el país de origen, se les puede acusar de mantener relaciones con una persona de su mismo sexo.

Por otra parte, en relación con la orientación sexual invocada como motivo de una pretendida persecución, conviene recordar que un clima social adverso o una legislación que tipifique la homosexualidad no son datos que por si solos demuestran una persecución personal, consideración coherente con el criterio del Tribunal Supremo (Sentencias, por todas, de 12 de febrero de 2014 y de 2 de noviembre de 2015 , recaídas, respectivamente, en los recursos de casación 864/2013 y 263/2015), en orden a que debe acreditarse, siquiera indiciariamente, el carácter individualizado de los actos de persecución derivados de la condición de homosexual y que estos alcancen cierta gravedad, de modo que constituyan una grave violación de los derechos humanos fundamentales, y a que, caso de existir una legislación que castigue la homosexualidad, ha de verificarse su aplicación efectiva en el país correspondiente, doctrina legal coherente con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013 (asunto C-199/12) (FJ Tercero)

Sin embargo, el mismo año, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional entendió que ni siquiera la penalización de la homosexualidad con una aplicación efectiva era suficiente para considerar que existan actos de persecución. Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2008 (rec. no 1563/2007), que afirmó, a pesar del COI que comprobaba la existencia de normas punitivas, que *“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”* (FJ Segundo).

Los Estados miembros de la UE no muestran una práctica uniforme en esta cuestión. Según el informe *Fleeing Homophobia*, no es sólo en España donde se deniegan de forma frecuente los solicitantes de asilo LGBTI procedentes de países donde las relaciones homosexuales están penalizadas y cuya aplicación efectiva; también es el caso de Dinamarca, Noruega, Bulgaria, España y Finlandia. Otros Estados, sin embargo, sí reconocen que la existencia de regímenes sancionadoras de la OSIG de las personas con la aplicación efectiva de dichas normas constituye un acto de persecución (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Irlanda, Lituania, Países Bajos, Polonia, Suecia y el Reino Unido). Italia y Austria se presentan como ejemplos de buenas prácticas porque sus tribunales deciden que la mera criminalización (incluso si no se aplica) equivale a persecución porque lo entienden como una limitación al ejercicio de los derechos humanos fundamentales (Jansen & Spijkerboer, 2011).

La doctrina especializada (Saxena, 2006; Chelvan, 2011; Biekša, 2011; McDonald-Norman, 2017), siguiendo las líneas de las Directrices nº 9 del ACNUR, entiende que se debe hacer una interpretación amplia de la definición de refugiado y que la criminalización, efectiva o

no, constituye persecución. Las prohibiciones penales formales contribuyen a un clima generalizado de homofobia y/o transfobia, que alienta y legitima a agentes estatales y no estatales a atacar, acosar, hostigar, chantajear o amenazar de daños graves a las personas LGBTI con total impunidad, lo que significa, en definitiva, que existe persecución. Por otra parte, la penalización de las relaciones consensuales entre personas del mismo sexo supone una vulneración del derecho a la intimidad.

3.2.2. Problema de la discreción

Los distintos informes comprueban que existe un requisito que se aplica para justificar la inadmisión o la denegación de la protección internacional: la discreción. En ocasiones se entiende que el solicitante debería haber sido (o deberá ser, en el caso de que se decida su retorno) discreto en cuanto a la expresión de su OSIG, con la finalidad de evitar la persecución o la discriminación (Jansen & Spijkerboer, 2011).

La legitimidad de la aplicación de este criterio a los casos de OSIG es cuestionable, pues carecería de sentido si fuera empleado en otros tipos de persecución: en un caso de opiniones políticas, no se exigiría a una persona que se reservara las críticas a un régimen dictatorial con tal de no ser perseguido, de la misma manera que no se sugeriría a una persona que confiesa una religión determinada que oculte la práctica su fe para no constituir una persecución por motivos religiosos. Tampoco se entendería aceptable exigir que una persona heterosexual ocultase su orientación sexual de forma indefinida (Gray & McDowall, 2013). El uso de este criterio exclusivamente en la persecución por motivos de OSIG supone entonces una vulneración del principio de no discriminación en la aplicación de los derechos humanos.

Kanstroom (2009) identifica en esta problemática una relación entre orientación-acción, a través de la cual, según el criterio que manejen los operadores jurídicos, van a estar conectados en mayor o menor medida. Explica que en el criterio de la discreción, *orientación* y *acción* no mantienen ninguna correlación, pues existe un entendimiento de la OSIG no como elementos inherentes a la personalidad, sino como algo que responde a la voluntad. Este criterio espera que una persona oculte, cambie o renuncie a una parte fundamental de su identidad para evitar la persecución.

La doctrina defiende que ocultar la OSIG supone la posibilidad de que se haga pública su circunstancia por parejas, vecinos o familiares y ese riesgo permanente de ser expuesto implica

“*un riesgo permanente de persecución*” (Jansen & Spijkerboer, 2011). Por otro lado, Weßels (2011) entiende que si el solicitante elige ser discreto sobre su OSIG, se comprueba que la decisión está directamente motivada por un temor fundado de persecución. Por ello, según Goodwin-Gill (1996: 42-43) habría entonces que analizar si existiría ese fundado temor si no hubiese discreción. Hathaway (1991, 65-75), al analizar el concepto de “temor fundado” defiende que debido a su carácter subjetivo, se debería prestar más atención a las posibilidades de la persecución que generan un temor en el solicitante, en vez de a su estado de ánimo, su estoicismo o, en este caso, su capacidad de ocultar el motivo de persecución.

Funcionando de manera similar al criterio de la discreción, podemos razonar que las personas bisexuales se enfrentan a un sub-criterio propio: una mezcla del criterio de la discreción (de su atracción hacia personas del mismo sexo) y uno añadido, el criterio de la elección (debiendo optar por la atracción hacia personas del sexo opuesto). Vogler (2016: 868) ejemplifica esta afirmación diciendo que “*no es difícil imaginar que un juez de asilo tome la posición de que si la solicitante se siente atraída por ambos sexos, simplemente debe “elegir” estar con miembros del sexo opuesto para evitar la persecución futura*”. En un informe de 2016, CEAR afirmaba que “*de forma implícita este requisito también ha sido aplicado por las autoridades de asilo españolas, si bien es destacable el actual grado de sensibilidad y de toma de conciencia por su parte respecto a estos motivos de persecución*” (132).

El caso británico *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department* eliminó el requisito de la discreción en el país, dictaminando además que los solicitantes LGBTI que, por su propia voluntad, ocultaran su orientación sexual para evitar la represión estatal, pueden así ser susceptibles de reconocimiento del estatus de refugiado (Goodman, 2012). Por su parte, el *Raad van State* (Consejo de Estado) holandés preguntó en una cuestión prejudicial al TJUE si el ocultamiento o la moderación con respecto a la orientación sexual podrían ser necesarios en la resolución de los casos, y si es así, en qué medida. El TJUE, en su sentencia de los asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12 falló lo siguiente:

76. (...) *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.*

En definitiva, el criterio la discreción parte de un desconocimiento de la naturaleza de la OSIG, en el que subyace la presunción de ésta se trata de un comportamiento voluntario. Queda demostrado, además, que aunque el solicitante haya logrado evitar daños específicos, no se excluye la posibilidad de persecución. Si bien, por temor a sufrir violencia, acoso o discriminación, muchas personas LGBTI deciden ocultar su OSIG, ello no implica que el país de acogida pueda obligar a los solicitantes a vivir limitando su identidad.

Además, el criterio de la discreción olvida la atención que hay que dirigir al *temor fundado* de persecución. Aunque los operadores jurídicos otorguen una mayor credibilidad al relato si existe ese daño, un temor puede ser creíble y fundado incluso si el solicitante ha tenido la suerte o la precaución de garantizar su propia seguridad hasta la fecha a través del ocultamiento de su OSIG. Según las Directrices nº 9 del ACNUR (párr. 18), haber sufrido un daño pasado no constituye un requisito previo para el reconocimiento del estatus de refugiado: “[...]La persecución en el pasado no es un requisito previo para la condición de refugiado y de hecho, 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”. Por otro lado, al aplicar este criterio, se legitima la perpetuación de la persecución homófoba y transfoba en los países de origen y de forma inconsciente se está castigando al solicitante por haber expresado su OSIG.

3.3. Agentes de persecución y falta de protección

La persecución contra personas LGBTI puede venir tanto de agentes estatales como no estatales (la Ley de Asilo y la Directiva de Reconocimiento, en sus artículos 13 y 7, respectivamente, identifican un tercer agente entre estos dos: los “*partidos u organizaciones que controlen el Estado*” o parte de su territorio). En el primer caso, se asume que el Estado no quiere proporcionar protección contra los graves daños ya que es él el autor de la persecución. En el caso de los agentes no estatales, se debería entender que no existe protección porque el Estado no quiere o no puede proporcionarla. Sin embargo, la respuesta no es tan sencilla.

3.3.1. Problema de la posibilidad de desplazamiento interno y protección estatal

Muchos solicitantes de protección internacional temen una persecución o daños graves por su OSIG por parte de familiares, vecinos, grupos armados, pandillas u otros miembros de la comunidad, que los someten a una constante intimidación, acoso, violencia doméstica y otras formas de violencia. En general, se acepta que la CG brinda protección contra la persecución de

los actores no estatales, incluso cuando el estado es incapaz, o no tiene intención, de brindar protección (así lo recogen el artículo 13 LA y el artículo 6 DR).

No obstante, tanto la DR como la LA entienden que existe protección cuando el Estado disponga de medidas legales que sean “razonables y efectivas” para impedir esta persecución. Por ello, cuando el agente de persecución es no estatal, es frecuente que la inadmisión o la denegación se fundamenten sobre la posibilidad de reubicarse en otra parte del país donde no sufra persecución de agentes no estatales, o que el Estado dispone de medidas para evitar la persecución y que por tanto no queda demostrada. Los abogados de CEAR denunciaban en 2011 que la OAR esperó hasta que el Código Penal nicaragüense despenalizara las relaciones homosexuales para rechazar todas las solicitudes de ese país alegando que el país disponía de medidas para luchar contra la persecución (Jansen & Spijkerboer, 2011).

Aquí el COI juega también un papel fundamental, pues de él depende la posibilidad de demostrar que, aún teniendo medidas que deberían evitar la persecución, el acceso a las mismas no es efectivo. Se demuestra así que el país de origen no es seguro para el solicitante LGBTI a causa de un ambiente de intolerancia grave y generalizado, en el que la impunidad es imperante y el Estado no ofrece ningún tipo de protección, significando que la persecución por su OSIG no cesaría aún desplazándose dentro del mismo o denunciando ante las autoridades. McDonald-Norman (2017), no obstante, recuerda la dificultad que esto supone, ya que el COI, con frecuencia, detalla más las persecuciones estatales que las no estatales. Resulta más difícil aún en el caso de las mujeres lesbianas o bisexuales, que se enfrentan a una violencia significativamente más “privada” que los hombres homosexuales, siendo más propensas a ser acosadas y agredidas en casa o en el trabajo que en la calle, y por hombres conocidos, como ex parejas o vecinos (Millbank, 2002: 163).

Carece entonces de sentido exigir una reubicación interna si el Estado criminaliza las relaciones homosexuales, pues ello indica que el clima es de intransigencia generalizada hacia las personas LGBTI. Así lo reconoce Holanda, que en sus propias directrices sobre asilo establece que “*siempre que los actos homosexuales sean criminalizados en el país de origen, el solicitante no está obligado a haber invocado la protección de las autoridades allí*” (Jansen & Spijkerboer, 2011). La Corte Nacional de Derecho de Asilo francesa (CNDA, *Cour Nationale du Droit d’Asile*), en su sentencia nº 616907 del 6 de abril de 2009, tiene una visión aún más permisiva,

pues aunque los actos no estén criminalizados, si el país mantiene una actitud intolerante hacia las personas LGBTI, entiende que el solicitante no haya pedido protección estatal:

Considerando que la investigación muestra que si bien la legislación de Kosovo, a través de la "Ley contra la Discriminación", aprobada en 2004 por la Asamblea de Kosovo, prohíbe la discriminación; Considerando, que de hecho, las personas que asumen públicamente su homosexualidad y el manifestante en su comportamiento externo son regularmente víctimas de hostigamiento y discriminación, sin poder valerse de la protección de las autoridades que a menudo afirman erróneamente que la homosexualidad es ilegal; [lleva a la conclusión de que] en estas circunstancias, [el hecho de que] el solicitante pueda temer razonablemente su comportamiento en caso de devolución deben considerarse como resultado de su pertenencia a un grupo social en el sentido de las disposiciones antes mencionadas del Convenio de Ginebra mencionado anteriormente; por lo tanto, justificadamente tiene miedo de ser perseguido si regresa a su país de origen (Traducción propia).

3.4. Motivo de la persecución: pertenencia a un grupo social determinado

La pertenencia a un grupo social determinado es uno de los cinco motivos contemplados en el artículo 1.A.2) CG. Se trata de una cláusula que, atendiendo a la tendencia evolutiva, el carácter variado de las sociedades y el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos, ha servido para incorporar motivos que no se incluyeron de forma explícita en el momento de la redacción de la CG, o en los cuerpos legales regionales y nacionales, como es el caso de la persecución por género, o específicamente por OSIG (ACNUR, 2002b; Villanueva, 2017).

El ACNUR, en sus Directrices no.2, sobre pertenencia a un grupo social determinado, elabora una definición para poder determinar cuando un grupo puede considerarse *social determinado* y así encuadrarse en el concepto de refugiado:

Un determinado grupo social es 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 innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos. (párr. 11)

Esta definición trata de recoger las dos principales teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre lo que constituye un grupo social determinado: la de las características protegidas (que pueden ser bien innatas e inmutables, o fundamentales para identidad), defendida por autores

como Hathaway (1991) y la de la percepción como grupo diferenciado por la sociedad, apoyada por Goodwin-Gill (1996).

La normativa europea y española incluyen también las dos teorías en los artículos 7.1.e) LA y 10.1.d) DR. Tsourdi (2013) señalaba que la Directiva de Reconocimiento (y extensiblemente la Ley de Asilo por tener la misma relación) dificulta la calificación de la OSIG como grupo social determinado porque las dos teorías plasmadas unidas en este artículo están unidas por un “y”, lo que parecería que convierte a las características protegidas y a la percepción de grupo diferenciado como requisitos acumulativos. El ACNUR, sin embargo, aclara que estos enfoques son alternativos y no acumulativos. Por otro lado, en estos dos cuerpos legales surge la cuestión de las barreras, que fue comentada en el anterior capítulo.

3.4.1. Problema de la calificación como grupo social determinado

La sentencia estadounidense *Toboso-Alonso* de 1990 ha sido tomada como referencia para demostrar que la OSIG constituye un grupo social determinado. En este caso, en el que un hombre cubano que alegaba persecución debido a su orientación sexual, el Tribunal de Apelación estableció que la identidad sexual podría constituir un grupo social determinado. La entonces fiscal general Janet Reno, en 1994, declaró que esa decisión marcaba precedente en Estados Unidos, por lo que las minorías sexuales ya no tenían que probar caso por caso que la identidad sexual constituye un grupo social determinado (Vogler, 2016). El ACNUR indica que los dos enfoques previamente mencionados se pueden aplicar a la OSIG para integrarla en un grupo social determinado. Son varios los países que incluyen la OSIG en sus ordenamientos como grupo social determinado, manejando ambas visiones: España, Portugal, Canadá y Brasil, entre otros.

Empero, en el presente trabajo se discute que la calificación como grupo social determinado obtenga los mismos resultados entendiendo la OSIG tanto como característica protegida como percepción de grupo diferenciado. Por ello, hemos de separar los tipos de características protegidas (innatas e inmutables por un lado, y fundamentales para la identidad por otro). Así, de los dos principales enfoques se pueden derivar tres interpretaciones que explican qué es un grupo social determinado: (1) aquél cuyos integrantes poseen una característica innata e inmutable; (2) aquél cuyos integrantes poseen una característica tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella; y (3)

aquél que posee una identidad diferenciada que hace que sea percibido como diferente por la sociedad o el agente de persecución.

Si optamos por la primera opción, nos topamos con el problema científico y filosófico sobre la naturaleza de la sexualidad: no se ha logrado demostrar ni que la orientación sexual ni la identidad de género sean características innatas o inmutables. Si, en cambio, elegimos la tercera opción, se construye una imagen única de lo que es ser LGBTI, lo que hace que se recurra a estereotipos. Este trabajo defiende que la OSIG es un elemento fundamental de la identidad y de la dignidad de la persona, que bajo ninguna circunstancia debería verse forzada a cambiar. Por ello, se defiende que la calificación de la OSIG como grupo social determinado se haga en base al segundo criterio y se desarrollará en el epígrafe 3.5. *Breve conclusión sobre la calificación de la orientación sexual y la identidad de género*. Para descartar definitivamente los otros dos criterios, se analizarán los problemas que suponen, perjudicando la correcta calificación de la OSIG como motivo de protección internacional.

3.4.2. Problema de la naturaleza de la sexualidad

Entender la OSIG como perteneciente a un grupo social determinado porque se trata de unas características innatas e inmutables es doctrinal y científicamente difícil de sostener debido a su debilidad teórica. Según Weber (2012), el movimiento LGBTI que ha ganado más fuerza ha enfatizado la inmutabilidad y la inherencia de las identidades sexuales. Esta idea ha sido refutada por los teóricos *queer*, que abogan por una visión menos reduccionista de la identidad y que contemplan la progresiva evolución de la misma en base a factores internos y externos (Butler, 1990; Foucault, 1990; Jagose 1996). La doctrina especializada en protección internacional por motivos de OSIG, por lo general también critica la afirmación de que la identidad sexual es fija o inmutable (Berg & Millbank 2009; Cantú 2005; Randazzo 2005; Vogler, 2016).

Esta concepción esencialista de lo que es una identidad *gay* o una identidad *trans* ignora las diferencias culturales en la sexualidad (Miller 2005). Hay quien incluso sostenga que la exigencia de categorías fijas y permanentes es una característica del estado neoliberal, que busca la claridad y evita la ambigüedad (Kimmel & Llewellyn 2012).

3.4.3. Problema de los estereotipos

Al contrario que la raza y la nacionalidad, la religión y las opiniones políticas no se presentan de forma necesariamente visible. Hanna (2005) y Türk (2013), entienden que con la OSIG ocurre lo mismo que con los dos motivos de persecución últimos. Así, tanto el abogado como el operador jurídico que resuelve el caso, para demostrar o cuestionar la veracidad del relato, pueden, consciente o inconscientemente, construir argumentos que confunden “*la homosexualidad con la feminidad del demandante o la masculinidad de la demandante*”, o esperan determinados comportamientos por parte del solicitante como la frecuencia a locales de ambiente, la promiscuidad, el conocimiento y consumo de cultura LGBTI (occidental), vestimenta no conforme con el sexo asignado, “*u otras características físicas o psíquicas que no obedecen a la orientación sexual ni a la identidad de género*” (Hanna, 2005; Díaz Lafuente, 2014a: 227-228). Así, extrañamente, se abandona la cis-heteronormatividad, para pasar a imperar en las solicitudes de protección internacional LGBTI una “homonormatividad”, que resta credibilidad a quien no se encuadre en estos requisitos (McGuirk, 2018:4). Todo ello es un indicativo de cómo los operadores jurídicos califican la OSIG como grupo diferenciado de la sociedad, delimitando la definición de grupo social determinado de tal forma que muchos solicitantes LGBTI podrían quedar excluidos de la misma, como por ejemplo hombres gays masculinos, mujeres lesbianas femeninas o personas trans que no han realizado transiciones médicas.

Morgan (2006) añade a este discurso una visión interseccional sobre los estereotipos de la OSIG, afirmando que están profundamente ligados a la raza y la clase. En efecto, “*los criterios utilizados para determinar si la identidad y el comportamiento del solicitante cumplen o no los requisitos probatorios se basan en estereotipos sexuales racializados*” ya que el listado de comportamientos citados al principio de este apartado responden al estilo de vida de una persona occidental y con recursos económicos (p. 153). Según Morgan, si las características del comportamiento de un hombre blanco homosexual rico (o la percepción estereotipada del comportamiento de un hombre homosexual rico) se toman como referencia para todos los hombres homosexuales, puede ser difícil para un solicitante de asilo, racializado, con pocos recursos y ajeno a la cultura occidental, demostrar que es LGBTI.

Por otro lado, la noción estereotipada de la OSIG conduce frecuentemente a la sexualización del solicitante. A menudo, para cuestionar la credibilidad del relato se realiza un excesivo hincapié en los actos sexuales, más que en la orientación sexual o identidad de género alegadas, como identidades propias. En el espectro de la relación de la orientación-acción de Kanstroom (2009), este requisito se colocaría en el extremo opuesto al criterio de la discreción, es decir, que en vez de esperar la inacción, se exige una acción específica que demuestre la OSIG. Explica que en el problema de la verosimilitud en base a estereotipos se identifican por completo la orientación sexual con una acción (necesariamente sexual). Esta interpretación puede ser aplicable también a la identidad de género, donde se asocia la identidad de género a una serie de transformaciones y procedimientos médicos, que en el caso de que no se hayan practicado, parecen restar credibilidad al relato. Morgan (2006) se muestra de acuerdo al afirmar que estas generalizaciones esencialistas desdibujan las complejas formas de relacionarse que tienen la identidad (en términos de Kanstroom, *orientación*) y el comportamiento (*acción*). Más aún, ignora que la persecución de las personas LGBTI se basa a menudo en estas acciones o comportamientos, que desafían las normas sociales del país del que huyen, que pueden ser castigadas con violencia o incluso la muerte y que, en consecuencia, se ven a menudo obligados a ocultar (Hanna, 2005). Por otro lado, este desproporcionado énfasis en la vida sexual o intervenciones médicas de una persona resulta en un interrogatorio desgastador, humillante e invasivo (Bennett & Thomas, 2013).

Habiendo calificado la OSIG en una de las categorías de grupo social determinado, optando en este trabajo por la del elemento fundamental de la identidad de una persona, en el caso real, se plantea un problema más: la credibilidad, que puede ir orientada hacia la propia OSIG del solicitante o la veracidad de su relato.

3.4.4. Problema de la credibilidad

De la mano del problema de los estereotipos, las solicitudes de asilo LGBTI se enfrentan al problema de la credibilidad del relato. La verosimilitud es fundamental en todo tipo de solicitudes, sin embargo, se pueden usar diferentes formas de comprobación para las basadas en la opinión política, raza, nacionalidad o religión, mientras que para los casos LGBTI, el testimonio es “la principal y a menudo la única fuente de evidencia” (ACNUR, 2012: párr. 64).

Beddeleem y Mills (2011), de forma similar a la estructura del temor fundado, identifican dos tipos de credibilidad: la externa, basada en el COI, y la interna, basada en el relato del solicitante.

La credibilidad interna en estos casos, para los operadores jurídicos, consiste en comprobar que, en efecto, el solicitante es LGBTI. Por ello, es frecuente que, por una insuficiente capacitación o sensibilidad en las cuestiones LGBTI (Jansen & Spijkerboer, 2011), estereotipos o discrepancias entre su forma de entender la OSIG y la del solicitante, consideren deficiente la credibilidad interna con la mera alegación de pertenecer a este colectivo.¹⁰ Así, requieren pruebas de su pertenencia a este grupo social determinado, a través de preguntas que buscan relatos detallados sobre enamoramientos, relaciones, encuentros sexuales, declaraciones de conocidos o familiares, cartas y mensajes o registros hospitalarios, que intentan, en palabras de Jordan y Morrissey (2013:14), “*hacer visible lo que está oculto o, para los solicitantes transgénero, coherente lo incongruente*”. Las personas trans que no exteriorizan su identidad de género a través de la ropa, comportamientos, tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo encuentran especiales dificultades para probar su identidad de género al no cumplir con la noción estereotipada de comportamiento trans (Bach, 2013). En determinados países se han llegado a practicar evaluaciones y dictámenes periciales¹¹ para comprobar la OSIG del solicitante, constituyendo tratos inhumanos y degradantes, prohibidos por los diversos instrumentos de derechos humanos existentes (Śledzińska-Simon & Śmiszek, 2013). Esta forma de cuestionar la OSIG de los solicitantes de asilo supone que muchos expertos denuncien que el criterio de la credibilidad se aplica de forma desproporcionada frente a otros motivos de persecución, siendo la exigencia de la prueba mucho mayor (Lewis, 2014; Millbank, 2009). La Sentencia de la Audiencia Nacional 85/2017 de 16 de febrero confirmó que no se puede exigir un alto nivel probatorio para demostrar que se es homosexual debido a la “*dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real y efectiva [dado que] (...) una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en*

¹⁰ Como se estudiaba en la Introducción del presente trabajo, la auto-identificación del solicitante puede no coincidir con la visión occidental la OSIG, puesto que “*la orientación sexual o la identidad de género no son universalmente provistas de un sentido de identidad colectiva*” (Jordan & Morrissey, 2013:14).

¹¹ Diversas organizaciones e instituciones de DDHH denunciaron que varios países europeos llevaban a cabo “entrevistas sexodiagnósticas” que incluían “evaluaciones falométricas”, que miden los “cambios en el flujo sanguíneo genital en respuesta a estímulos visuales y auditivos sexualmente explícitos mediante electrodos colocados en los genitales” (ACNUR, 2011b; FRA, 2015).

condiciones de obtener los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas” (FJ Quinto).

La doctrina especializada (Acosta 2008; Decena 2008; Jordan & Morrissey, 2013; Lewis & Naples, 2014; Vogler, 2016; McGuirk, 2018) y los teóricos de la OSIG (Foucault, 1990; Jagose, 1996) insisten en la importancia de abandonar la concepción occidental de auto-identificación elaborada por Vivian Cass (1979): una progresión lineal de evolución personal a través de la cual se pasa de un intenso auto-desprecio a una auto-aceptación liberadora, que culmina en una “salida del armario” que ha hecho al solicitante visible (por pasar a manifestar esos estereotipos). Esta noción ignora las múltiples y diversas formas de desarrollo de la identidad sexual y de género de una persona, con resultados que discurren en un espectro cuyos extremos son, por un lado, la rigidez, y por otro, la máxima fluidez (Horley & Clarke, 2016). Es de tal forma limitada esta visión, que desconoce las diversas formas de entender la OSIG en el resto del mundo. Vogler (2016: 876) relata distintos casos en los que solicitantes de asilo de América Latina se identificaban como “gay”, y sin embargo, para el parecer estadounidense, su descripción se correspondería con el de una persona transgénero. Asimismo, tras la experiencia en CEAR, podemos afirmar también que es frecuente que hombres musulmanes que mantienen relaciones sexuales con otros hombres no se identifiquen como homosexuales porque desempeñan un rol “activo”, entendiéndolo como el papel del “hombre” en la relación. Como respuesta al cuestionamiento de la identidad del solicitante de asilo, el ACNUR (2012: párr. 63.i) afirma de forma tajante que, a causa del “*trasfondo social y cultural del solicitante*”, que “*puede afectar la forma en que la persona se identifica*”, la autoidentificación como persona LGBTI debe tomarse como indicación de su verdadera orientación sexual y/o identidad de género. Sin embargo, en la Sentencia de 19 de diciembre, la Audiencia Nacional no tuvo en cuenta estas posibles barreras culturales o lingüísticas cuando deniega el reconocimiento de la condición de refugiado a un hombre gay mauritano al constatar que:

[...] por lo que se refiere a la pretendida homosexualidad del solicitante, además de que cuando efectuó sus solicitud de asilo se definió a si mismo de una forma en la que muy raramente lo haría un gay (dijo ser "maricón"), es que existen indicios suficientes para dudar de que ésta sea su verdadera orientación sexual” (FJ Segundo).

El carácter extremadamente personal, (posiblemente) fluido y variable de la sexualidad y de la identidad de género debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la credibilidad externa y

el COI, pues éste proporciona una visión limitada sobre cómo se experimenta, valora o trata la OSIG en términos generales, o cómo se perciben determinados colectivos como grupo diferenciado de la sociedad. Puede pecar de una insuficiente atención a las intersecciones que conducen a una situación de vulnerabilidad, pudiendo entonces no representar con exactitud la experiencia vivida por el solicitante (McDonald-Norman, 2017).

Por otro lado, no es extraño que los solicitantes de protección internacional LGBTI expresen su OSIG ya iniciado el procedimiento. La revelación tardía de la OSIG se utiliza también como argumento para discutir la verosimilitud de la identidad del solicitante o para alegar una suerte de *res judicata* (Jansen & Spijkerboer, 2011). En España, un hombre gay de Cuba, en la primera entrevista de asilo ante la OAR, solo contó sus problemas relacionados con la dictadura cubana. Tras recurrir ante el Tribunal Supremo, explicó que la verdadera razón de su solicitud de asilo era la persecución que enfrentaba en Cuba debido a su orientación sexual. Sin embargo, en la STS 6142/2008, de 28 de noviembre, se respondió ante la revelación tardía que “*esta situación permite presuponer, de una parte, que la solicitud de asilo no se basa en razones que denoten una persecución personal, sino más bien en la intención del recurrente de iniciar una vida distinta a la existente en su país de origen*” (FJ segundo).

Restar veracidad al relato del solicitante por revelar tardíamente su OSIG ignora que, por las convenciones sociales de su país de origen y para sobrevivir en él, habitualmente las personas LGBTI han tenido que aprender a negar u ocultar su identidad y la pueden estar exteriorizando por primera vez ante un funcionario, instructor o policía (Rada, 2016). Por otro lado, olvida también que la “salida del armario” demorada puede deberse a las secuelas psicológicas por la multiplicidad de sucesos traumáticos que estos solicitantes suelen sufrir a lo largo de su vida, por parte de las autoridades, la sociedad o su familia. Estas secuelas se manifiestan en depresiones crónicas, trastornos disociativos, de pánico o de ansiedad, amnesia, vergüenza extrema u homofobia internalizada, entre otros, y dificultan la secuenciación, consistencia y coherencia del relato del solicitante (Shidlo & Ahola, 2013). Dicho relato se reconstruye lentamente durante el procedimiento de asilo a medida que el solicitante alcanza cierto grado de sanación y de confianza en su entorno (formado por una multitud de individuos: abogados, intérpretes, psicólogos, trabajadores sociales y autoridades que resuelvan la solicitud).

La solución doctrinal podría pasar por reconocer el carácter de refugiado *sur place* que posee la revelación tardía de la OSIG (Battjes, 2011). En efecto, cuando la Convención solamente pide que el solicitante se encuentre “*fuera del país de su nacionalidad*”, cubre tanto a quienes huyeron del país con fundado temor de ser perseguidos, como a los que estando ya fuera devienen refugiados, bien por cambios políticos en su país, o porque “*en el caso de volver a él, se les perseguiría debido a las actividades desempeñadas en el extranjero*” (Gortázar Rotaeché, 1997: 129), siendo estas actividades, “salir del armario” y empezar a vivir abiertamente su OSIG. Esta opinión está en la línea de las Directrices nº9 del ACNUR (2012: párr 57).

3.5. Breve conclusión sobre la calificación de la orientación sexual y la identidad de género

Tras estudiar los diversos problemas que surgen al evaluar una solicitud de protección internacional por motivos de OSIG, concluimos que en el análisis sobre el encaje de una persona LGBTI perseguida en la definición de refugiado, la cuestión más trascendental es su calificación como grupo social determinado.

Descartada la comprensión de la OSIG como característica innata o inmutable o como característica que hace que un grupo sea percibido como diferente por la sociedad o por los agentes perseguidores, hemos considerado que la OSIG es una característica que resulta tan fundamental para la identidad de la persona, que no se le puede exigir que renuncie a ella.

Esta opinión parece coincidir con la más reciente tesis de Vogler (2016), donde analiza la construcción de la OSIG en las solicitudes de asilo. En ella critica que los abogados y los operadores jurídicos recurran a discursos esencialistas o a aquellos que delimitan la noción de grupo social determinado en base a estereotipos y defiende un discurso más construccionista. Si bien reconoce que la defensa esencialista de la OSIG, aquella que la entiende como una característica innata e inmutable, no afecta necesariamente de forma negativa al solicitante porque se trata de un “esencialismo estratégico” que busca proporcionar argumentos “digeribles” al operador jurídico que va a decidir el caso, él considera más apropiado, ya que las normas así lo permiten, clasificar la OSIG como “fundamental”, de manera similar a la religión u opinión política. Ello “*potencialmente deja espacio para más relatos construccionistas de la sexualidad*” (870), como los que han sido estudiados en este trabajo de Foucault o Butler. En términos de Kanstroom, Vogler trata de encontrar un punto medio entre la separación total y el

solapamiento de *identidad y acción*, tal como se ha defendido en este trabajo. Vogler logra entender que muchos solicitantes de asilo ven sus sexualidades como constitutivas de su verdadero ser, su identidad y dignidad y lo ejemplifica con entrevistas que ha realizado a solicitantes de asilo: ante la pregunta de por qué se quería quedar en el país de acogida, una solicitante de asilo mexicana contesta “*Quiero que me den la oportunidad de ser yo*” y otro solicitante respondía que ocultar su orientación sexual era “*ir en contra de quien soy*” (870). Las propuestas de Berger (2009) y Murray (2014) también parecen abrazar una noción foucauldiana de la OSIG, aceptando que puede variar de manera progresiva y que por ello no se puede partir de una concepción de identidades innatas o inmutables, o definidas de forma estereotipada para su calificación en el derecho de asilo.

Esta propuesta encuentra su respaldo también en la trayectoria de reconocimiento institucional que ha tenido la OSIG en el ámbito de los derechos humanos. La protección jurídica que se le ha ido brindando progresivamente, analizada en la Introducción, se basa en el reconocimiento de la OSIG como un elemento fundamental de la identidad y de la dignidad de la persona.

Optar por esta calificación de la OSIG supone considerarla como herramienta preventiva de criterios problemáticos como los anteriormente estudiados: si se trata de algo tan fundamental que su renuncia no puede ser exigida, el criterio de la discreción queda inmediatamente inhabilitado. Evita también los estereotipos, al estar rechazando la tercera postura sobre los grupos sociales determinados, y teorías endebles sobre la naturaleza de la orientación sexual o la identidad de género, al descartar la primera postura. Así, esta calificación es la que más nos aleja de las concepciones reduccionistas sobre la orientación sexual y la identidad de género, la que más sentido tiene dentro del panorama legislativo internacional, europeo y español en esta materia y, en definitiva, la que puede garantizar de forma más efectiva el reconocimiento del estatuto de refugiado a una persona que tiene el temor fundado de ser perseguida por su orientación sexual y/o identidad de género.

4. CONCLUSIONES

La primera observación a realizar después de este estudio, es que el gran problema subyacente en la errónea calificación de las solicitudes de protección internacional LGBTI no responde tanto a la materia del Derecho de asilo en sí, sino de cómo se entiende el género en nuestra sociedad. Es cierto que los solicitantes de asilo LGBTI huyen de sus países de origen porque su orientación sexual y/o su identidad de género desafían la compleja construcción social, integrada por factores biológicos, valores y normas culturales, sociales, religiosos y políticos que fijan los roles, funciones y comportamientos que se han de esperar de la mujer y del hombre y la relación entre estos. No obstante, si bien pueden alcanzar resultados diferentes a los de los países de origen, las sociedades de acogida no están despojadas de construcciones en torno al género y sería un error pensar lo contrario. Aún pudiendo reconocer y aceptar sin ningún inconveniente la existencia de orientaciones sexuales e identidades de género no enmarcadas en la cis-heteronormatividad, los casos de protección internacional y sus resoluciones demuestran que imperan unas visiones esencialistas, ideas preconcebidas y expectativas concretas sobre la forma “correcta” de vivir estas identidades.

Por ello es esencial partir de un conocimiento completo de la realidad estudiada para poder proponer una respuesta jurídica apropiada. La formación, capacitación y sensibilidad sobre las realidades LGBTI son cruciales para que tanto los abogados que construyen el relato con el solicitante como los instructores, policías, jueces y otros operadores jurídicos que tomen la decisión de reconocer o denegar el reconocimiento de la condición de refugiado, estén liberados de prejuicios, estereotipos y suposiciones sobre la orientación sexual y/o la identidad de género a la hora de evaluar estos casos, que, consciente o inconscientemente, moldean las decisiones a través de criterios y requisitos que privan injustamente a los solicitantes LGBTI del acceso a la protección internacional.

Todo ello no desvirtúa el carácter necesariamente restrictivo del derecho de asilo. Tampoco se está defendiendo el abandono de exigencias en la evaluación de solicitudes de protección internacional LGBTI (si los principios de igualdad y no discriminación en la aplicación de los derechos humanos era el punto de partida de este trabajo, dicha idea se mantiene), pues hay ciertos criterios que han de ser requeridos en todos los motivos de persecución: la credibilidad es esencial en cualquier evaluación de una solicitud de protección

internacional. La tesis defendida en este trabajo es que la clave se halla entonces en la correcta calificación de la OSIG para poder garantizar esta igualdad y no discriminación.

Partiendo de una nueva visión sobre la diversidad de la orientación sexual y la identidad de género, que incluya sus múltiples intersecciones como la raza o la clase social, que olvide los roles de género y la concepción esencialista de un colectivo LGTBI homogéneo, podemos pasar por fin a encuadrar la OSIG en la definición de refugiado.

En cuanto al fundado temor de ser perseguido, concepto que aúna un elemento subjetivo y uno objetivo, dos cuestiones han de tenerse en cuenta. El primer elemento, relativo al estado de ánimo del solicitante, no supone obstáculos diferentes del resto de solicitudes de protección internacional y es aceptable una prueba indiciaria cuando de ella se pueda deducir que existe temor fundado de persecución. Sobre el segundo, alusivo al COI, cabe recordar que debe ser interpretado teniendo en cuenta las limitaciones de su producción cuando éste versa sobre la situación de las personas LGBTI y la urgencia de eliminar las restricciones contenidas en la Directiva de Reconocimiento y de la Ley de Asilo, que operan de forma discriminatoria y sujetan al solicitante a una inseguridad jurídica que puede suponer la denegación de su solicitud sin un debido examen de sus circunstancias personales.

Respecto a los actos de persecución, es preciso que la criminalización de las relaciones entre personas del mismo sexo sea considerada de forma uniforme como acto constitutivo de persecución, al suponer una vulneración grave de derechos humanos fundamentales, incluso cuando en la práctica no se aplique la norma. Los informes de COI logran demostrar que la existencia de leyes que castigan las relaciones homosexuales perpetúan un clima de homofobia y transfobia generalizado que limita el desarrollo pleno de la vida de las personas LGBTI. Esta defensa no debe ser interpretada *sensu contrario* de tal forma que la existencia de criminalización se convierte en el único requisito para reconocer la constitución de persecución: la inexistencia de estas normas no impide que el solicitante se enfrente a un ambiente o sociedad intransigente de su orientación sexual y/o identidad de género. Es también necesario abandonar definitivamente el criterio de la discreción. Su exigencia resulta discriminatoria frente a otros tipos de persecución y queda además demostrado en el trabajo que si se lleva a cabo la ocultación de la OSIG, es porque, en efecto, existe una persecución.

Concluimos también que en una sociedad intolerante, no es razonable la exigencia del desplazamiento interno para poner fin a la persecución aún si el agente de persecución es no estatal. Por otro lado, entender que no se ha recurrido de forma suficiente a la protección estatal si existe criminalización de la relaciones entre personas del mismo sexo tampoco resulta adecuado al evaluar estos casos.

No obstante, este trabajo entiende que la parte fundamental de la calificación de una solicitud de protección internacional LGBTI se encuentra en la construcción jurídica que se haga al enmarcar la OSIG en la categoría de grupo social determinado. La doctrina y la jurisprudencia nos ofrecen tres posibilidades: entender la OSIG como una característica innata e inmutable, como un elemento fundamental de la identidad de la persona cuya renuncia no puede ser exigida, o como una característica que hace perceptible un grupo como distinto. En el presente trabajo hemos defendido que la segunda opción es la que más se adecua a la OSIG y que funciona como un elemento preventivo que evita caer en prejuicios o imponer obstáculos como el de los estereotipos, la discreción, la criminalización, o la divulgación tardía.

Si se aplican sobre la OSIG los mismos criterios que se emplean para el resto de motivos de persecución, podrá lograrse que las personas LGBTI perseguidas por su orientación sexual e identidad de género sean equiparadas al resto de refugiados o solicitantes asilo. No debe olvidarse que el derecho al asilo, incluso por motivos de orientación sexual e identidad de género, es un derecho humano integrado en un coherente sistema de justicia, el Derecho Internacional de Derechos Humanos, que exige unos principios de aplicación básicos: la universalidad, igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

1.1. Legislación internacional

- Asamblea General de Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. (217 [III] A). Paris.
- Asamblea General de Naciones Unidas (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137.
- Asamblea General de Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171
- Asamblea General de Naciones Unidas (1967) *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*. United Nations, Treaty Series, vol. 606, p. 267.
- Asamblea General de Naciones Unidas (1993) *Declaración y Programa de Acción de Viena*. A/CONF.157/23

1.2. Legislación europea

- Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2000). *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 2000/C 364/01 (DOCE 18 de diciembre de 2000).
- Comunidades Europeas (1997). *Tratado de Ámsterdam*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997
- Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOUE 6 de febrero de 2003).
- 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 (DOUE 30 de septiembre de 2004)

- 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 13 de diciembre de 2005).

- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. (DOUE 20 de diciembre de 2011).

- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE 29 de junio de 2013).

- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE 29 de junio de 2013).

1.3. Legislación española

- Constitución Española de 1978
- Código Penal de 1995
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE 27 de marzo de 1984).

- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE 31 de octubre de 2009).

- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015).

- 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 2 de marzo de 1995).

2. Jurisprudencia

2.1. Jurisprudencia europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996. P contra S y Cornwall County Council. Asunto C-13/94 (ECLI:EU:C:1996:170)
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de noviembre de 2013. Minister voor Immigratie en Asiel contra X e Y y Z contra Minister voor Immigratie en Asiel. Asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12 (ECLI:EU:C:2013:720)

2.2. Jurisprudencia comparada

- Australia: High Court, 9 December 2003. Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs. HCA 71. Disponible en inglés en: https://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3fd9eca84.html [accessed 3 April 2019]
- Estados Unidos: United States Board of Immigration Appeals, 12 March 1990. Matter of Toboso-Alfonso. Disponible en inglés en: https://www.refworld.org/cases,USA_BIA,3ae6b6b84.html
- Francia: CNDA, 6 avril 2009, Mr. K., n°616907. Disponible en francés en: https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/616907_0.pdf
- Reino Unido: Supreme Court, 7 July 2010. HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department. UKSC 31. Disponible en inglés en: https://www.refworld.org/cases,UK_SC,4c3456752.html

2.3. Jurisprudencia española

- Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006 de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:2006:41)
- Sentencia del Tribunal Supremo 7098/2005 de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7098).
- Sentencia del Tribunal Supremo 6142/2008 de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6142).
- Sentencia de la Audiencia Nacional 75/2017 de 6 de febrero (ECLI:ES:AN:2017:348).
- Sentencia de la Audiencia Nacional 85/2017 de 16 de febrero (ECLI:ES:AN:2017:510).

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:2524).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio (ECLI:ES:AN:2008:3195).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre (ECLI:ES:AN:2008:5321).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre (ECLI:ES:AN:2008:5358).

3. Obras doctrinales y documentación internacional

1. ACNUR (1992). *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*. HCR/IP/4/Spa/Rev.1.

2. ACNUR (2002a). *Directrices sobre Protección Internacional N° 1: 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.

3. ACNUR (2002b). *Directrices sobre la Protección Internacional N° 2: “Pertenenencia 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

4. ACNUR (2008). *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*.

5. ACNUR (2008). *Directrices sobre Protección Internacional N° 6: 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*

6. ACNUR (2011a). *Manual y directrices sobre 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*. HCR/1P/4/ENG/REV. 3.

7. ACNUR (2011b). *UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, April 2011. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4daeb07b2.html> (Consultado el 7de febrero de 2019)

8. ACNUR (2012). *Directrices sobre 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*. HCR/IP/12/09
9. ACNUR (2018). *Protection in the North of Central America; Snapshot June – July 2018*. Disponible en: https://www.ecoi.net/en/file/local/1449035/1930_1541514352_protection-snapshot-june-july-eng.pdf (consultado el 27 de febrero de 2019)
10. Acosta, K. L. (2008). *Lesbianas in the Borderlands: Shifting Identities and Imagined Communities*. *Gender and Society* 22 (5). 639-359
11. Asamblea General de Naciones Unidas (2011). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/19/41.
12. Bach, J. (2013). *Assessing transgender asylum claims*. *Forced Migration Review*, Iss 42, Pp 34-36 (2013), (42), 34.
13. Battjes, H. (2011). *Sur Place Claims and the Accommodation Requirement in Dutch Asylum Policy*. VU University Amsterdam, Fleeing Homophobia Conference, 5-6 September, 2011.
14. Beddeleem, J. & Mills, K. (2011). *Today Goodwill, Tomorrow Paradigm? From Limits to the Asylum Procedure to Value Innovation*. VU University Amsterdam, Fleeing Homophobia Conference, 5-6 September, 2011.
15. Bennett, C., & Thomas, F. (2013). *La búsqueda de asilo en el Reino Unido: las perspectivas de las lesbianas*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 25–28.
16. Berg, L., & Millbank, J. (2009). *Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants*. *Journal of Refugee Studies*, 22(2), 195–223.
17. Berger, S.A. (2009). *Production and Reproduction of Gender and Sexuality in Legal Discourses of Asylum in the United States*. *Signs*, 34: 659–85.

18. Biekša, L. (2011). *The Refugee Qualification Problems in Lgbt Asylum Cases*. *Jurisprudencija*, 18(4), 1555–1565.
19. Brown, D. (2010). *Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta principles*. *Mich J Int Law*, 31: 821–879.
20. Butler, J. (1990). *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge.
21. Cantú, L. (2005). *Well-Founded Fear: Political Asylum and the Boundaries of Sexual Identity in the U.S.-Mexico Borderlands*. E. Luibheid, & L. Cantu, eds., *Queer Migrations: Sexuality, U.S. Citizenship, and Border Crossings*. Minneapolis: Univ. of Minnesota Press.
22. Cass, V. 1979. *Homosexual Identity Formation: A Theoretical Model*. *Journal of Homosexuality* 4 (3): 219–35.
23. CEAR. (s.f.). *Persecución por motivos de género y derecho de asilo*. CEAR Euskadi. Disponible en: <http://cear-euskadi.org/guia/wp-content/uploads/2014/03/Asilo-y-g%C3%A9nero.pdf>
24. CEAR (2016). *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa*.
25. Chelvan, S. (2011). *From Sodomy to Safety? The Case for Defining Persecution to Include Unenforced Criminalisation of Same-sex Conduct*. VU University Amsterdam, Fleeing Homophobia Conference, 5-6 September, 2011.
26. Colpani, G. & Habed, A.J. (2014). *In Europe it's Different: Homonationalism and Peripheral Desires for Europe*. *LGBTI Activism and the Making of Europe: A Rainbow Europe*. Hampshire: Palgrave Macmillan.
27. ICJ (2007). *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*. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/48244e9f2.html> (Consultado el 18 Marzo 2019)
28. Decena, C. U. (2008). *Tacit Subjects*. *Gay and Lesbian Quarterly* 14 (2–3): 339–359.

29. Díaz Lafuente, J. (2014a). *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*. Tesis Doctoral. Valencia: Universidad de Valencia.
30. Díaz Lafuente, J. (2014b). *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*. *Revista de Derecho Político*, 89, 345-388.
31. Epprecht, M. (2010). *Understanding homophobia in Africa today. Struggle for Equality. Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights in Africa*. *Perspectives*. nº4: 10.
32. Foucault, M. (1990). *The History of Sexuality*. Vol. 1. New York: Vintage.
33. FRA (2015). *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis: update 2015*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
34. Glazebrook, S. (2018). *The Refugee Convention in the 21st Century*. *Victoria University of Wellington Law Review*, 49(4), 477–509.
35. Goodman, R. (2012). *Asylum and the Concealment of Sexual Orientation: Where Not to Draw the Line*. *New York University Journal of International Law and Politics*, 44(2), 407–446.
36. Goodwin-Gill, G. S. (1996). *The Refugee in International Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press.
37. Gortázar Rotaèche, C. J. (1997). *Derecho de Asilo y “no rechazo” del refugiado*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid: Dykinson.
38. Gray, A., & McDowall, A. (2013). *La protección de los refugiados LGBT en el Reino Unido: ¿De la discreción a la creencia?* *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 22–25.
39. Hanna, F (2005). *Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims*. Vol. 114 Issue 4, 913-920. *Yale L.J.*
40. Hathaway, J. C. (1991) *The Law of Refugee Status*. Canada: Butterworths.

41. Hathaway, J. C., & Pobjoy, J. (2012). *Queer Cases Make Bad Law*. New York University Journal of International Law and Politics, 44(2), 315–389.
42. Heller, P. (2009). *Challenges Facing LGBT Asylum-Seekers: The Role of Social Work in Correcting Oppressive Immigration Processes*. Journal of Gay & Lesbian Social Services, 21(2–3), 294–308.
43. Hellweg, J. (2015). *Same-Gender Desire, Religion, and Homophobia: Challenges, Complexities, and Progress for LGBTIQ Liberation in Africa*. Journal of the American Academy of Religion, 83(4), 887–896.
44. Horley, J., & Clarke, J. (2016). *Constructing Sexuality: A Theory of Stability and Fluidity*. Sexuality & Culture, 20(4), 906–922.
45. ILGA (2014). *Good Practices: Related to LGBTI Asylum Applicants in Europe*. Disponible en inglés en: <https://www.refworld.org/docid/5433a8124.html> [Consultado el 4 de febrero de 2019]
46. ILGA (2019). *State-Sponsored Homophobia 2019*. Ginebra. Disponible en inglés en: https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf
47. Jagose, A. (1996). *Queer Theory: An Introduction*. New York: New York Univ. Press.
48. Jakulevičienė, L., Biekša, L., & Samuchovaitė, E. (2012). *Procedural Problems in Lgbt Asylum Cases*. Jurisprudencija, 19(1), 195–207.
49. Jansen, S. & Spijkerboer, T. (2011). *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*. Vrije Universiteit Amsterdam.
50. Jordan, S., & Morrissey, C. (2013). “¿Por qué motivos?” *Solicitudes de asilo de LGBT en Canadá*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 13–15.
51. Kanstroom, D. (2009). *Peticiones de asilo basadas en cuestiones de sexualidad: algunas respuestas y muchas preguntas*. Anuario de Derechos Humanos, 5: 111-121.
52. Kimmel, M. & Llewellyn, C. (2012). *Homosexuality, Gender Nonconformity, and the Neoliberal State*. Journal of Homosexuality, 59: 1087–1094.

53. Kuloba, R. W. (2016). *“Homosexuality is unafrican and unbliblical”*: examining the ideological motivations to homophobia in Sub-Saharan Africa -- the case study of Uganda. *Journal of Theology for Southern Africa*, 154, 6–27.
54. Landau, J. (2005). *“Soft immutability” and “imputed gay identity”*: Recent developments in transgender and sexual-orientation-based asylum claims. *Fordham Urban Law Journal*, 32, 237–263.
55. Lewis, R. A., & Naples, N. A. (2014). *Introduction: Queer migration, asylum, and displacement*. *Sexualities*, 17(8), 911–918.
56. Lewis, R. A. (2014). *“Gay? Prove it”*: The politics of queer anti-deportation activism. *Sexualities*, 17(8), 958–975.
57. McDonald-Norman, D. (2017). *No One to Bear Witness: Country Information and LGBTQ Asylum Seekers*. *Refuge* (0229-5113), 33(2), 88–100.
58. McGuirk, S. (2018). *(In)credible Subjects: NGOs, Attorneys, and Permissible LGBT Asylum Seeker Identities*. *PoLAR: Political & Legal Anthropology Review*, 41, 4–18.
59. Millbank, J. (2002). *Imagining Otherness: Refugee Claims on the Basis of Sexuality in Canada and Australia*. *Melbourne University Law Review* 26 (2002): 163.
60. Millbank, J. (2009). *‘The Ring of Truth’: A Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*. 21 *International J. of Refugee Law* 1–33.
61. Miller, A. M. (2005) *“Gay Enough: Some Tensions in Seeking the Grant of Asylum and Protecting Global Sexual Diversity,”* in B. Epps, et al., eds., *Passing Lines: Sexuality and Immigration*. Cambridge: Harvard Univ. Press.
62. Morgan, D. A. (2006). *Not gay enough for the government: Racial and sexual stereotypes in sexual orientation asylum cases*. *Law and Sexuality*, 15: 135–160.
63. Murray, D.A.B. (2014). *The (Not So) Straight Story: Queering Migration Narratives of Sexual Orientation and Gendered Identity Refugee Claimants*. *Sexualities* 17: 451–71.
64. Murray, S. O. & Roscoe, W. (1998) *Boy-Wives and Female Husbands: Studies in African Homosexualities*. New York, NY: St. Martin’s Press.

65. Needham, J. (2013). *After the Arab Spring: A New Opportunity for LGBT Human Rights Advocacy?* Duke Journal of Gender Law & Policy. Vol. 20:287. p.288.
66. Pangilinan, C. (2013). *Desafíos en la producción de información del país de origen específica sobre LGB*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 31.
67. Perez-Moneo, M. (2007). *El derecho de asilo en la jurisprudencia*. Aja, E. y Arango, J.: La Inmigración En España En 2006.
68. Portman, S., & Weyl, D. (2013). *Reasentamiento de refugiados LGBT en los Estados Unidos: Buenas prácticas emergentes*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 44–47.
69. Rabello de Carvalho, H (2013). *Refugiados LGBTI: el caso brasileño*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 19.
70. Rada, A. (2016). *Situación de los refugiados LGBTI en Europa: trayectoria y retos del derecho de asilo en la Unión Europea*. Tiempo de Paz, (120), 81–88.
71. RedLAC - Red de Fondos Ambientales de Latinoamérica y el Caribe (Author), publicado por el ACNUR (2018). *Protection and Violence in the North of Central America; Snapshot N.2*. Disponible en: <https://www.ecoi.net/en/file/local/2002706/INFORME+REDLAC+-+NOVIEMBRE+2018+-+INGLES.PDF> (accessed on 2 April 2019)
72. Richard, A. C. (2013). *LGBT: Con el mismo derecho a los derechos humanos y la dignidad*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 4.
73. Rodriguez-Ferrand, G. (2016). *Refugee Law and Policy In Selected Countries: Spain*. March 2016. Retrieved from <https://www.loc.gov/law/help/refugee-law/refugee-law-and-policy.pdf> 227-234
74. Rubio Llona, A. (2011). *Aproximación al estado de la población LGTB Sudafricana en comparación con la española. Similitudes teóricas frente a divergencias prácticas*. Deusto Journal of Human Rights, (9), 85-102. .Universidad de Deusto. ISSN: 1885 - 298X, Núm. 9/2011, Bilbao.
75. Rumbach, J. (2013). *Hacia un reasentamiento incluyente para los refugiados LGBTI*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 40–43.

76. Sauer, A. T., & Podhora, A. (2013). *Sexual orientation and gender identity in human rights impact assessment*. *Impact Assessment & Project Appraisal*, 31(2), 135–145.
77. Saxena, M. (2006). *More than mere semantics: The case for an expansive definition of persecution in sexual minority asylum claims*. *Michigan Journal of Gender and Law*, 12, 331–357.
78. Schutzer, M. (2012). *Bringing the Asylum Process out of the Closet: Promoting the Acknowledgment of Lgb Refugees*. *Georgetown Journal of Gender & the Law*, 13(3), 669–707.
79. Shidlo, A., & Ahola, J. (2013). *Los retos relacionados con la salud mental de los migrantes forzados LGBT*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 9–11.
80. Śledzińska-Simon, A., & Śmiszek, K. (2013). *Solicitudes de asilo de personas LGBTI – la perspectiva de Europa Central y Oriental*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 16–18.
81. Tabak, S., & Levitan, R. (2013a). *Los migrantes LGBTI y las detenciones de inmigrantes*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 47–49.
82. Tabak, S., & Levitan, R. (2013b). *Marcos globales de los derechos humanos aplicables a los migrantes LGBTI*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 18–19.
83. Tsourdi, E. (2013). *Orientación sexual e identidad de género: avances en la legislación de la UE*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 20–21.
84. Tsourdi, E. (2014). *Laying the ground for LGBTI sensitive asylum decision-making in Europe: Transposition of the recast Asylum Procedures Directive and of the recast Reception Conditions Directive*. ILGA Europe.
85. Türk, V. (2013). *Garantizar la protección para las personas de interés LGBTI*. *Revista Migraciones Forzadas*, (42), 5–8.
86. Villanueva, A. (2017). *Aproximándonos al derecho al asilo en España*. *Revista Lusófona de Educação*, 37(37), 117–130.
87. Vogler, S. (2016). *Legally Queer: The Construction of Sexuality in LGBQ Asylum Claims*. *Law & Society Review*, 50(4), 856–889.

88. Weber, Shannon (2012) *What's Wrong with Be(com)ing Queer? Biological Determinism as Discursive Queer Hegemony*. 15 Sexualities 679–701.

89. Weßels, J. (2011). *Sexual orientation in Refugee Status Determination*. University of Oxford. Oxford Department of International Development. Refugee Studies Centre: Working Paper Serier No. 74.

90. Wolman, A. (2013). *Asilo para homosexuales perseguidos en la República de Corea*. Revista Migraciones Forzadas, (42), 30–31.