

Solicitud del estatuto de refugiado en base a la persecución por motivos de orientación sexual

POR MARTÍN CANEPA (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Personas que se encuentran incluidas.- III.- La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.- IV. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados.- V. Unión Europea.- VI. Conclusión.- VII. Bibliografía

Resumen: el Derecho Internacional de los Refugiados ha podido proteger a las personas que sufren persecución en los respectivos países de origen y les ha dado una solución temporal, mejorando su calidad de vida. Si bien las causas para solicitar el estatuto de refugiado son fijas y no han cambiado durante los años, el mundo contemporáneo muestra que han surgido nuevos conflictos y que los seres humanos deben ser protegidos de otras formas de persecución que no estaban incluidas en los tratados originales. Este es el caso de aquellas personas que sufren persecución debido al hecho de tener una orientación sexual diferente de la heterosexual.

Palabras claves: refugiados - género - derecho internacional

Asylum based on persecution due to sexual orientation

Abstract: *the International Law of Refugees has been able to protect those individuals that suffer from persecution in the respective origin countries and gave to them a temporary solution, improving their quality of life. While the causes for applying the refugee status are fixed and have not changed during the years, the contemporary world shows that new emerging conflicts have arisen and that human beings must be protected from other forms of persecution, which were not included in the original treaties. This is a case of the people, who suffers persecution due to the fact that they have a different sexual orientation than the heterosexual.*

Keywords: *refugees - gender - international law*

(*) Abogado (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, UBA. Miembro del equipo de investigación Decytl622/UBA 2016-2018: "La cuestión prejudicial como instrumento de diálogo reglado entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción supranacional", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, UBA.

I. Introducción

Al concentrarnos en el estudio del Derecho Internacional de los refugiados, sus aspectos jurídicos y normativa vigente, nos encontramos con un vasto grupo de individuos que recibe una protección estatal especial. El concepto de refugiado es una categoría autónoma que debe diferenciarse del asilo. En primer lugar, podemos mencionar el asilo diplomático, que es aquel que se concede a los perseguidos por delitos políticos en los locales de una misión diplomática (Oyarzabal, 2015). El asilo territorial, por su parte, consiste en la protección que brinda un Estado dentro de su territorio a determinadas personas, que son perseguidas por motivos políticos, cuya libertad o vida se halla en peligro en el Estado de origen. No consiste en un derecho que un extranjero pueda reclamar, sino que es el Estado territorial el que una vez requerido puede otorgarlo o no, en beneficio de un individuo que está eludiendo la justicia en su país (Barboza, 2001). Finalmente, existe también el asilo neutral, que se enmarca dentro del Derecho Internacional Humanitario. Se trata de la protección que otorga un Estado neutral en relación con un conflicto armado a miembros de las fuerzas armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio. La figura del refugiado se asimila a la del solicitante de asilo, pero resulta más restringida ya que se limita a las causales enumeradas taxativamente. A su vez, se diferencian por el régimen jurídico aplicable a cada uno. El asilado político recibe protección territorial efectiva por parte del Estado asilante. La persona a la cual se concede el Estatuto de refugiado recibe la garantía de “no devolución” al territorio del Estado de procedencia, pero puede ser trasladado a un tercer Estado considerado como seguro. El elemento en común que tienen ambas categorías es que manifiestan la existencia de condiciones de persecución y que la protección que se otorga se hace en forma individualizada (Diez de Velasco, 2009).

Ciertas personas, por tener una determinada orientación sexual, pueden ser objeto de persecución y discriminación, a punto tal que en algunos supuestos su vida corra peligro. El presente trabajo se propone abordar los casos en los cuales una persona puede sentirse perseguida como consecuencia de tener una cierta orientación sexual; desarrollar una posible definición de qué es lo que se entiende por “orientación sexual”; de qué manera puede considerarse perseguida por este motivo, concentrándonos en el ámbito de los refugiados; poder vislumbrar si es factible que un Estado conceda el estatuto de refugiado a una persona por esta causa; cuáles son los requisitos que tendría que cumplir la solicitud y cuándo no procedería. A su vez, resulta de interés tener en cuenta los distintos instrumentos internacionales relacionados con el tema, para un mejor análisis de la protección internacional con la que cuentan las personas comprendidas en estos supuestos tanto en el ámbito latinoamericano como europeo.

II. Personas que se encuentran incluidas

En primer lugar, es necesario determinar quiénes son las personas que se puede considerar que son perseguidas por su orientación sexual, para lo cual será útil una definición de qué es lo que se entiende por orientación sexual. Tomando como ejemplo *los Principios de Yogyakarta* (1), se puede decir que la orientación sexual consiste en la capacidad de sentir atracción emocional y sexual por una persona, ya sea por personas de un sexo distinto, del mismo sexo o de ambos, y la posibilidad de que entable con ellas relaciones íntimas. La orientación sexual es un concepto amplio, que crea un espacio para la propia identificación; puede incluir exclusivamente o no, la atracción por personas del mismo sexo o de un sexo diferente. Las solicitudes de refugio basadas en la orientación sexual, por lo general, provienen de miembros de grupos particulares, a saber, gay, bisexuales, lesbianas y personas transexuales, cuya abreviación es generalmente conocida como LGTB (ACNUR, 2012).

III. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (2) determina quiénes son las personas que deben ser consideradas como tales y establece cuáles son los elementos que se deben cumplir para que un individuo pueda acogerse a su protección. Entre ellos, es necesario que la persona sienta un temor fundado de persecución, la misma tiene que tener como causa determinados motivos que establece en forma taxativa y pueden consistir en raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Como es posible observar, en ningún momento se menciona a la *orientación sexual* como un motivo por el cual una persona puede sentir un temor fundado de persecución. Lo cierto es que en muchos casos ciertas personas pueden experimentar un temor realmente fundado de persecución a raíz de ciertas circunstancias vividas, que se motiven en su orientación sexual. Por ello se exige encontrar una solución frente a casos como estos, ya que, si bien la Convención de 1951 no lo previó en forma expresa al momento de su elaboración, hay que tener en cuenta que para la época en que fue redactada, muchos de los fenómenos actuales no existían o por lo menos no eran materia de debate, lo que no implica que no se pueda lograr la protección de este grupo de personas en base al texto de la mencionada Convención, ya que los motivos enumerados pueden ser susceptibles de una interpretación amplia de manera

(1) Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Yogyakarta, 26/03/2007.

(2) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28/07/1951. Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en [Fecha de consulta: 15/06/2018].

que incluya nuevos casos, adaptando la norma a las nuevas circunstancias que dominan la escena internacional. En la actualidad, también aparecen otros ejemplos, como el caso de los refugiados climáticos, cuyo deber de protección bajo el amparo de la Convención de 1951 se encuentra aún en discusión (Gonin y otros, 2002). En este sentido, algunos autores (Parker, 1982) hasta consideran necesario una nueva definición de refugiado para poder incluir casos que podrían llegar a quedar fuera de la convención:

Refugee should be redefined in terms of those persons deprived of an existence meeting a minimally acceptable standard of living including both the means of subsistence and basic human rights (3) (p. 147).

Para poder determinar si es factible otorgar el estatuto de refugiado a una persona que se encuentre en estas circunstancias hay que analizar de qué manera se podría hacer y cuáles serían los requisitos. Uno de los problemas más importantes es establecer el motivo, ya que la *orientación sexual* no constituye un motivo en sí mismo, como ya lo hemos mencionado. La guía n° 9 elaborada por el ACNUR (ACNUR, 2012) da cuenta de la importancia que esta temática tiene a nivel internacional y pone relieve el hecho de que los términos “sexo” y “otras situaciones” contenidas en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incluyen los conceptos de orientación sexual e identidad de género (Bailliet, 2014).

El ACNUR (2002) ha establecido ciertas directrices y recomendaciones relacionadas con el tema que son de mucha utilidad para encontrar una solución a la problemática planteada. En primer lugar, lo que hay que tener en cuenta es que la persecución a causa de la orientación sexual debe guardar relación con algunos de los motivos enumerados por la Convención de 1951 y, a su vez, tener un vínculo de causalidad determinante. Si tomamos cada uno de los motivos, podemos analizar el posible nexo de relación y causalidad que se puede entablar. En el caso de la *raza*, es posible que la persecución esté dada porque se considere en una determinada sociedad que ciertas personas de una etnia en particular tengan una orientación sexual distinta a la heterosexual o que realmente sea de esta manera. El caso de la *nacionalidad* podría entenderse de la misma manera que el de la raza, al considerar a la nacionalidad no como *ciudadanía* sino como la pertenencia a un grupo étnico. Si tomamos la *religión*, puede ser que a raíz del no acatamiento de ciertos preceptos morales y de conducta impuestos por la religión por personas que tengan una determinada orientación sexual, entendida

(3) Traducción libre del autor: “Refugiado” debería ser redefinido en relación a aquellas personas privadas de una existencia que contenga un estándar aceptable mínimo de vida, incluyendo tanto los medios de subsistencia y los derechos humanos básicos”.

de acuerdo con la definición que hemos dado, sean perseguidas por miembros de la religión o del Estado; más aún teniendo en cuenta que en ciertos Estados el aparato religioso esta íntimamente ligado al Estatal. En relación con las opiniones políticas, puede darse el caso de que, por motivo de esta orientación sexual, los individuos expresen sus opiniones e ideas en relación con su vida personal y con la reivindicación de sus derechos y libertades y que por esta razón sean perseguidos. Hay que aclarar que la opinión puede ser también imputada, que no es necesario que se haya manifestado y hasta puede darse el caso de que todavía no haya sufrido persecución alguna, pero que en el caso de un retorno de la persona a su país de nacionalidad o residencia habitual exista un temor fundado y un peligro latente de que esto suceda. La pertenencia a un determinado *grupo social* (ACNUR, 2012) también es uno de los motivos mencionados por la Convención de 1951 en los cuales puede justificarse el fundado temor de persecución. Consiste en el hecho de ser parte de un grupo social, dentro de la esfera de una sociedad determinada.

Para que pueda considerarse la existencia de un grupo social es necesario el cumplimiento de algunos requisitos. En primer lugar, hay que poder identificar al grupo, este no guarda relación con su tamaño o la cantidad de personas que lo componen, ya que puede estar constituido por un número pequeño de individuos, la pertenencia al grupo no tiene que ser necesariamente voluntaria, y las miembros que lo componen deben compartir una determinada característica en común, que es lo que los va a hacer identificables como grupo. La persecución o discriminación sufrida por los miembros del grupo, si bien puede ser útil para una identificación externa, nunca será la característica común que compartan, ya que esta debe consistir en otra circunstancia distinta al hecho de ser perseguidas o discriminadas. Por lo tanto, la mera discriminación no puede constituir en sí misma persecución. Sin embargo, un patrón constante de discriminación que se extienda en forma continua y generalizada durante un lapso de tiempo importante constituirá persecución y justificará la protección internacional (ACNUR, 2001). En cuanto al término persecución, si bien no fue definido por la Convención de 1951, puede incluir serias violaciones a los derechos humanos, como por ejemplo amenaza contra la vida o la libertad de una persona u otros serios daños, incluso daños psicológicos. Aún en los casos en que las relaciones entre personas del mismo sexo no son criminalizadas, la existencia de leyes de aplicación general, sobre moral pública por ejemplo, en donde se apliquen selectivamente a miembros de la comunidad LGTB en forma discriminatoria podría equivaler a un caso de persecución (ACNUR, 2012). Sin embargo, algunos autores consideran que la mera existencia de este tipo de leyes es insuficiente. Sería necesario que concurran otras circunstancias, como la aplicación de la ley a un caso en concreto o que se estén llevando a cabo procedimientos para aplicar la norma a una persona determinada (Türk, 2012).

La persecución puede emanar tanto de agentes estatales como no estatales (Millbank, 2009). Un ejemplo del primer supuesto podría darse a través de la criminalización de conductas sexuales consensuadas con personas del mismo o como resultado de un daño producido por agentes estatales o bajo el control del Estado como la policía o fuerzas militares. La conducta de los agentes no estatales procede cuando el daño es producido por un agente distinto del Estado y éste último no puede o no quiere proteger al particular de dicho daño.

Un punto importante es que el solicitante no necesitaría probar que efectivamente será perseguido de ser devuelto a su país de origen, es suficiente que demuestre que la persecución sea una posibilidad razonable para lograr la no devolución (Weßels, 2011). En este sentido se expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (4) al considerar que un clima generalizado de homofobia en el país de origen puede llegar a constituir evidencia de que un individuo es perseguido por su orientación sexual. Resulta de interés destacar, en este caso, la opinión disidente del juez Power-Forde, quien consideró que el hecho de que el solicitante pudiera evitar el riesgo de ser perseguido en Libia por medio de un esfuerzo en ocultar y expresar su sexualidad no es un elemento que debería ser tenido en cuenta al momento de solicitar el estatuto de refugiado.

Para determinar la pertenencia a un determinado grupo social, es necesario comprobar la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo, respectivamente. En cuanto al primer elemento, existen dos criterios, el de la “característica innata o inmutable común” y el de “la percepción social de la identidad diferenciada.” Ambos pueden operar de forma alternativa y no acumulativa. Por su parte el elemento objetivo consiste en los actos concretos que constituyen la persecución (Lafuente, 2014). No es necesario que las personas homosexuales se conozcan entre sí o se asocien para constituir un grupo social particular. En ocasiones sería dificultoso probar la existencia de un grupo social que tenga poca cohesión, organización y hasta incluso resulte inexistente en su país de origen (Weßels, 2011).

Luego de haber realizado una mención de los motivos que exige la Convención de 1951, es posible determinar cuáles de ellos serían más apropiados al momento de fundar una solicitud de refugio como consecuencia de la persecución sufrida por poseer una determinada orientación sexual. En cuanto a la raza y a la nacionalidad, ambos motivos no son frecuentes y si nos detenemos en las posibilidades de encuadrar estas figuras como motivos relacionados con la persecución o discriminación por orientación sexual, resulta realmente dificultoso. Si bien podrían existir algunos pocos casos, sería muy difícil probar el nexo

(4) European Court of Human Rights, Case of M.E. V. Sweden, 26/06/2014.

causal entre estos motivos y el hecho de poseer una cierta orientación sexual. En cuanto a la religión, este sí puede ser un motivo más común. Existen muchos ejemplos en los que se puede ver cómo ciertos sectores del gobierno y también de algunas organizaciones religiosas persiguen a estas personas. En muchos países donde la religión musulmana está fuertemente arraigada y en donde la legislación está conformada por preceptos directamente extraídos de los pasajes de libros considerados sagrados, las personas que poseen una determinada orientación sexual, como pueden ser los homosexuales, entre otros, no son aceptados y su conducta es tan grave que las leyes penales suelen prever penas severas, hasta incluir en algunos Estados la pena de muerte. En relación a la opinión política, también podríamos fundar una solicitud de asilo basados en este motivo, ya que, en numerosos casos, estas personas, al dedicarse a la difusión de actividades y trabajos tendientes a informar a la población y a la sociedad en general sobre la diversidad y los derechos y libertades de personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual, suelen ser objeto de persecución por agentes estatales y también no estatales. Otra posibilidad, y de hecho la más utilizada a la hora de solicitar asilo en estos casos, es considerar a las personas bajo análisis como pertenecientes a un determinado grupo social.

Cuando nos concentramos en el estudio de una determinada sociedad, podemos ver que no solo en Estados occidentales, sino también en el medio y lejano oriente, las personas que definimos en un principio como perseguidas por su orientación sexual constituyen un determinado grupo social (Grungras y otros, 2009). Las características en común que comparten son distintas del hecho de ser perseguidas o discriminadas. Estas consisten, en primer lugar, en el hecho de poseer una orientación sexual distinta de la heterosexual, ya sea que estemos hablando de gays, lesbianas, travestis y transexuales, siendo esta la característica más sobresaliente. Como ya hemos mencionado, muchos de los miembros de estos grupos pueden no sentirse parte del mismo, pero esto no hace a la existencia del grupo en sí, ya que esta va más allá y es independiente de la voluntad de sus miembros, lo que interesa es que el resto de la sociedad los identifique como grupo (Valencia, 2013). En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (5) consideró adecuada la inclusión de una minoría sexual en Irán como perteneciente a un grupo vulnerable. En un caso similar se expresó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (6) al afirmar que se podría incluir en el concepto de “grupo social” determinado basado en una característica común de orientación sexual.

(5) European Court of Human Rights, Case of O.M. V. Hungary, 05/07/2016.

(6) TJUE – Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, 2/12/2014. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-148/13&language=es> [Fecha de consulta: 14/06/2018].

IV. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados

La Declaración de Cartagena de 1984(7) constituye un instrumento internacional de suma importancia para el ámbito regional latinoamericano teniendo en cuenta que la Convención de 1951, como sostiene Esponda Fernández (2004), fue una creación europea y originada en el problema europeo de los refugiados. La Declaración no solo se refiere a la situación de los refugiados y al accionar de los Estados de la región en situaciones de conflicto, sino que su importancia radica, también, en el hecho de que se ocupa de aspectos relacionados con el Derecho Internacional Humanitario y de ampliar en cierto sentido el concepto de refugiado en la región al establecer que también se incluirán aquellas personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Desde la problemática planteada en un principio, es de mucha utilidad poder determinar si algunos de estos motivos podrían llegar a tener relación con la persecución por orientación sexual y como fundamento para la solicitud del estatuto de refugiado. Los bienes jurídicos vida, seguridad y libertad claramente pueden verse amenazados cuando se sufre persecución o discriminación, si las leyes establecen sanciones penales para tipificar conductas relativas a prácticas sexuales determinadas que se relacionen con una determinada orientación se puede llegar a privar de la libertad y hasta de la vida de estas personas; de igual manera, si la persecución es llevada a cabo por grupos no estatales, también podrían poner en riesgo no solo la vida y libertad, sino también la seguridad de los individuos, al llevar a cabo actos de violencia, secuestro o tortura. La violencia generalizada es un concepto amplio que abarcaría numerosos supuestos en los que el análisis tiene que concentrarse en ver si estas personas a raíz de poseer una determinada orientación sexual son objeto de persecución, ya que muchas veces la relación de causalidad no sería tan patente. Lo mismo sucede en el caso de la agresión extranjera, a partir del ataque de otro Estado, estas personas tendrían que ser perseguidas, lo que no es fácil de probar. La violación masiva de los derechos humanos también puede ser la causa y esta no sería tan poco frecuente, ya que, en muchos casos de regímenes autoritarios, aún en Estados Democráticos, ciertos individuos pueden ser objeto de persecución. El supuesto de conflictos internos puede llegar a incluir el caso de grupos guerrilleros o paramilitares, como es el caso de Colombia, que lleven a cabo actos de violencia y persecución contra ciertos grupos de personas, en este caso a raíz de su orientación sexual. El motivo que quizás es el más amplio y hasta un tanto difuso, es el que hace referencia a otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, aquí nos

(7) Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Cartagena, 22/11/1984. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf> [Fecha de consulta: 13/06/2018].

podemos encontrar con varios y distintos supuestos que no siempre serán fácil de identificar y cuyo nexo de causalidad es bastante difícil de establecer. La Declaración en sí misma no constituye un instrumento obligatorio para los Estados, pero refleja el consenso sobre ciertos principios y criterios que han sido útil como guía para el tratamiento de los refugiados por parte de los Estados signatarios (8).

“La definición de refugiado de la Declaración de Cartagena constituye una definición ampliada” (Franco y otros, 2004, p. 116), ya que incorpora elementos objetivos, sin considerar los subjetivos, relativos al *fundado temor* que consagra la Convención de 1951 e implica dejar de lado la referencia al elemento persecución, el cual podría implicar el rechazo u objeción del Estado del país de origen. La Declaración hace referencia a aquellas personas que huyen de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas, por situaciones de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que provoquen la perturbación del orden público.

Lo que se puede destacar de estos nuevos motivos incluidos en la Declaración de Cartagena es el hecho de que muchos de ellos pueden estar relacionados en un caso en particular, por ejemplo, con el supuesto de un régimen dictatorial o un régimen democrático pero con tintes autoritarios, en donde se violen masivamente los derechos humanos y haya situaciones de violencia generalizada o en el caso de conflictos internos armados, que también conduzcan a supuestos de violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos. Sin embargo, lo que no hay que perder de vista es que, si bien pueden haber casos en los que es posible que una persona sea perseguida por poseer una determinada orientación sexual, para que la solicitud de refugio corresponda según lo establecido en la conclusión tercera de la ya mencionada Declaración de Cartagena es necesario que su libertad, vida o seguridad este amenazada y que el motivo sea alguno de los enumerados por la misma, habiendo probado que existe un nexo de causalidad suficiente con el hecho de poseer una cierta orientación sexual, definida en los términos del presente trabajo. A su vez, es de destacar que la Declaración de Cartagena es aplicable solo al ámbito latinoamericano y dentro del ámbito de los países firmantes, por lo tanto, si bien no es necesario que la persona huya de un Estado parte, si lo es que el Estado del cual pretende obtener el reconocimiento del Estatuto de Refugiado sea parte integrante de la Declaración.

Como sostiene Obonye (2012), las mismas conclusiones caben aplicarse al ámbito de la Convención de la Unión Africana, cuyo artículo 1 modifica en cierto

(8) Conferencia Internacional sobre refugiados centroamericanos (CIREFCA), Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina, Ciudad de Guatemala, 31/05/1989.

modo la definición de refugiado contenida en la Convención de las Naciones Unidas sobre Refugiados de 1951 y agrega:

El término refugiado se aplicará también a toda persona que, debido a agresión externa, ocupación, dominación extranjera o eventos de perturbación grave del orden público en una u otra parte o en su país de origen o de nacionalidad, se ve obligada a abandonar su residencia habitual con el fin de buscar refugio en otro lugar ya sea su país de origen o de nacionalidad (Convención de la Unión Africana, artículo 1).

Por primera vez en el esquema del derecho internacional, aunque a nivel regional, la definición de refugiado se amplía para cubrir a las personas que huían como resultado de una agresión patrocinada por otro país o como resultado de una invasión u ocupación externa. Resulta importante destacar que algunos Estados han incorporado en su legislación interna una mención expresa al género como elemento que podría originar la persecución. En este sentido, Honduras (9), al igual que Guatemala (10), dispone que será reconocida la condición de refugiado a quienes “sufran persecución mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales”.

En el ámbito latinoamericano también debe mencionarse la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (11), cuyo Preámbulo tiene en cuenta en forma expresa que las minorías sexuales son víctimas de discriminación e intolerancia en las Américas. El artículo 1 determina que se entiende por discriminación a los efectos de la Convención:

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales

(9) Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, 03/03/2004. Recuperado de http://tbineternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/HND/INT_CMW_ADR_HND_23866_S.pdf [Fecha de consulta: 15/06/2018].

(10) Acuerdo gubernativo N°383/2001. Reglamento para la protección y determinación del estatus de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala, Guatemala, 14/09/2001. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1410.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1410> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

(11) Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, La Antigua, 05/06/2013. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp [Fecha de consulta: 15/06/2018].

aplicables a los Estados Partes (Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, artículo 1).

Luego determina que la mencionada discriminación podrá estar basada en motivos de sexo u orientación sexual, identidad y expresión de género, entre otros.

V. Unión Europea

El ámbito de la UE ha presentado un importante desarrollo normativo y pretoriano en relación con el tema de estudio. En primer lugar, es necesario mencionar el Manual sobre Asilo que funciona como una guía para que las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros operen de manera similar al momento de recibir una solicitud de asilo de acuerdo con las normas internacionales vigentes en la materia (FRA, 2014). El artículo 3.1.1 del Manual trata de la naturaleza del riesgo, de acuerdo con el derecho de la UE. Recuerda en primer lugar que el artículo 9 de la Directiva sobre la Cualificación (12) también especifica que la persecución puede adoptar diversas formas, como actos de violencia física o mental, medidas administrativas o jurídicas (por ejemplo, las leyes que prohíben la homosexualidad o la libertad religiosa). De esta forma, determinados casos, como, por ejemplo, las víctimas de trata, pueden considerarse víctimas de persecución. Las diversas formas de persecución y los actos mencionados previamente deben poder atribuirse a una de las cinco razones de persecución derivadas de la Convención de Ginebra de 1951, a saber: raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opinión política. Estas cinco razones de la persecución están consagradas en el artículo 10 de la Directiva sobre la Cualificación, que en su versión modificada exige explícitamente la debida consideración de la identidad de género a los efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social.

Por otro lado, la mencionada Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en su inciso 30 del Preámbulo establece la necesidad de introducir un concepto común respecto de la persecución por pertenencia a un grupo social particular. Con este propósito, las cuestiones relacionadas con el género del solicitante, incluyendo la identidad de género y su orientación sexual, deben ser consideradas y tenidas en cuenta, en la medida en que se relacionen con el temor fundado de persecución. Por su parte, el artículo 10 de la misma normativa se ocupa de las razones de la persecución. Indica que los Estados miembros tienen la obligación de tener en cuenta determinados elementos al momento de evaluar

(12) Directiva 95/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13/12/2011. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:ES:PDF> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

las razones por las cuales una persona puede llegar a considerarse objeto de persecución. En este sentido, el inciso d) determina que un grupo puede considerarse objeto de persecución en particular cuando:

Los miembros de ese grupo comparten una característica innata, o un fondo común que no puede ser cambiado, o comparten una característica o creencia tan fundamental para la identidad o la conciencia que una persona no debe ser obligada a renunciar a ella, y ese grupo tiene una identidad distinta en el país pertinente, porque es percibida como diferente por la sociedad circundante (Directiva 2011/95/UE, inciso d).

Según la Directiva, dependiendo de las circunstancias del país de origen, un determinado grupo social podría incluir un grupo basado en la orientación sexual como elemento característico común. No puede entenderse que la orientación sexual incluya actos considerados penales de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el género, incluida la identidad de género, deben ser tenidos en cuenta por las autoridades nacionales a los efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de identificar una característica de dicho grupo.

En relación con la actividad jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la UE ha podido pronunciarse sobre el asunto en el caso *Asiel v. X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*. El proceso se desarrolló en el marco de una cuestión prejudicial en donde el Consejo de Estado de los Países Bajos, con motivo de un caso en el cual tres nacionales de Sierra Leona, Uganda y Senegal, respectivamente, solicitaban refugio en dicho país afirmando ser perseguidos por su condición de homosexuales. Las respectivas autoridades nacionales holandesas solicitaron al Tribunal de Justicia de la UE que se expresara acerca de si era posible que nacionales de terceros países, que eran homosexuales, podían ser considerados como un *grupo social particular* en el sentido de la Directiva 2004/83/EC (13), la cual hace referencia a las disposiciones de la Convención de Ginebra. Requieren, a su vez, saber qué constituye un acto de persecución contra actividades homosexuales y si la criminalización de dichas actividades en el país de origen de los solicitantes, la cual puede conducir a la pena de prisión, puede ser considerada como un acto de persecución. El Tribunal determinó que la existencia de un derecho penal dirigido especialmente a los homosexuales implica la aceptación de que las personas bajo esta condición constituyen un grupo separado y por lo tanto son percibidos por la sociedad como un grupo diferente. Sin embargo, ar-

(13) Directiva 83/2004/EC, 29/04/2004. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:ES:PDF> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

gumenta que para que una violación de los derechos fundamentales constituya persecución en los términos de la Convención de Ginebra, la misma debe ser lo suficientemente seria. Finalmente, expresa que la existencia de una pena y la tipificación de un delito en base a la condición de homosexual constituirían una prueba de actos de persecución, siempre y cuando en la práctica, sean aplicadas en forma efectiva.

La Directiva 2004/83/EC, a la cual hace referencia el caso anteriormente citado, tiene por objetivo establecer una política común en el ámbito del asilo, que los Estados miembros apliquen criterios uniformes en relación con la identificación de personas que necesiten de protección internacional y establecer un nivel mínimo de beneficios para estas personas en todo el territorio de la Unión. Asimismo, ofrece protección de una manera amplia, no solo a aquellos que reúnan los requisitos para ser considerados refugiados sino a aquellos que no logren reunirlos. En virtud de la misma, se define al refugiado de la siguiente manera:

Nacional de un tercer país, que debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país (Directiva 2004/83/EC, artículo 2, c).

Por otro lado, la Directiva crea la figura de “persona con derecho a protección subsidiaria”, la cual define en los siguientes términos:

Nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15 y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país (Directiva 2004/83/EC, artículo 2, e).

En el asunto *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie* (14), el TJUE, en el marco de una petición prejudicial, decidió que la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no estaba supeditada al requisito de que este aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de

(14) TJUE C-465/07, 17/02/2009, “Meki Elgafaji y Nor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie” [on line]. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0465> [Fecha de consulta: 02/03/2018].

su situación personal. Lo que significa que una persona homosexual podría sentir fundados temores de ser perseguido por su orientación sexual si en su país de origen su situación constituye un delito y es penado con diversas sanciones incluyendo la cadena perpetua.

VI. Conclusión

La situación actual de las personas que forman parte del grupo social examinado es, en algunos países, de mucho riesgo, mientras que en otros, se ha optado por seguir una política tanto social como legislativa que guarda relación con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales del hombre. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos consagra el derecho de asilo del cual puede disfrutar toda persona fuera de su país en caso de persecución (ACNUR, 2006). Como sostiene *Cançado Trindade* (1994), no hay que dejar de lado el hecho de que los distintos instrumentos internacionales que se encargan de la protección de los refugiados constituyen un elemento de disuasión, siendo la dimensión preventiva una herramienta eficaz para la protección de víctimas potenciales.

El Derecho Internacional de los Refugiados se ve involucrado en numerosos y complejos casos, en los cuales tiene que decidir si una persona que se dice perseguida por su orientación sexual puede o no obtener el estatuto de refugiado, para lo cual tendrá que probarlo y reunir los requisitos que establece tanto la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o bien si se considera incluida en alguno de los supuestos de la Declaración de Cartagena fundamentar la solicitud en tal sentido. Si bien los avances en esta materia han sido de mucha importancia y el ACNUR se ha encargado de que así sea, por medio de la elaboración de directrices e informes que orientan y dan pautas generales a los Estados acerca de cómo comportarse y analizar los casos que se presenten relacionados con estas situaciones, también es necesario tener en cuenta que en un mundo globalizado como el que hoy tenemos, los Estados deben guardar respeto por los derechos y libertades fundamentales del ser humano y, en este sentido, elaborar políticas de acción conjunta para poder evitar casos de abusos y discriminación. Los Principios de Yogyakarta, en especial el principio 23, establecen que, en estos casos de persecución, las personas tienen derecho a procurar asilo en cualquier país y que ningún Estado podrá expulsar o extraditar a una persona hacia un Estado en el que por causa de su orientación sexual pueda ser objeto de persecución. Si bien constituyen un instrumento de mucha utilidad a la hora de vislumbrar cuáles son los derechos que los Estados deben asegurar y sus obligaciones en relación a las personas que tienen una determinada orientación sexual, también es cierto que son solo principios y el desarrollo actual del derecho internacional merece y necesita instrumentos internacionales más vinculantes para los Estados, como tratados en relación a la materia, que tengan como objetivo asegurar estos derechos.

De esta manera, los Estados que hayan sido parte de estos instrumentos se verán obligados a cumplir con las obligaciones asumidas y los que no, en cierta manera, deberán ajustar su conducta a la práctica internacional que se establezca.

VII. Bibliografía

ACNUR - Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados (2001). *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf>. [Fecha de consulta: 15/2/2018].

ACNUR - Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados (2002). *La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Directrices sobre Protección Internacional*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753> [Fecha de consulta: 1/3/2018].

ACNUR - Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados (2006). *El derecho de asilo y el mandato del ACNUR*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4100.pdf> [Fecha de consulta: 27/2/2018].

ACNUR - Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados (2012). *Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, Directrices sobre la Protección Internacional*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1754.pdf> [Fecha de consulta: 4/12/2017].

ACNUR - Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados (2012). *Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf> [Fecha de consulta: 15/6/2018].

Bailliet, C. M. (2015). National Case Law as a Generator of International Refugee Law: rectifying an imbalance within UNHCR Guidelines on International Protection. *Emory International Law Review*, Atlanta, v. 29. Recuperado de http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/29/Recent%20Developments/bailliet.pdf [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Barboza, J. (2001). *Derecho Internacional Público*. 2ª. ed. Buenos Aires: Zavalia.

Cançado Trindade, A. A. (1994). Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: Aproximaciones y convergencias. *Seminario 10 años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados – Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. Costa Rica, ACNUR/IIDH/Gobierno de Costa Rica.

Díaz Lafuente, J. (2014). El Derecho De Asilo Por Motivos De Orientación Sexual e Identidad de Género. *UNED, Revista de Derecho Político*, Madrid, n. ° 89, (pp. 345-388). Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12804> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Diez De Velasco, M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª. ed. Madrid: Tecnos.

Esponda Fernández, J. (2004). La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados. *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ACNUR, (pp. 77-116). Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf?view=1> [Fecha de consulta: 2/12/2017].

FRA - Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2014). *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. Bélgica: Consejo de Europa.

Franco, L. y Santiestevan De Noriega, J. (2004). *La contribución del proceso de Cartagena al Desarrollo del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina*, en Memoria del Vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, ACNUR. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996.pdf> [Fecha de consulta: 2/3/2018].

Gonin, P. y otros (2002). Les réfugiés de l’environnement. *Revue européenne des migrations internationales*, Poitiers, v. 18, N° 2. Recuperado de <https://journals.openedition.org/remi/1654> [Fecha de consulta: 13/06/2018].

Grungas, N. y otros (2009). Unsafe Haven: Security Challenges Facing LGBT Asylum Seekers and Refugees in Turkey. *The Fletcher Journal of Human Security*, Medford, v. 24. Recuperado de [http://fletcher.tufts.edu/Praxis/Archives/~media/Fletcher/Microsites/praxis/xxiv/PRAXISXXIV_4Grungas.pdf](http://fletcher.tufts.edu/Praxis/Archives/~/media/Fletcher/Microsites/praxis/xxiv/PRAXISXXIV_4Grungas.pdf) [Fecha de consulta: 19/06/2018].

Millbank, J. (2009). From Discretion to Disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United King-

dom. *International Journal of Human Rights*, v. 13, N° 2/3. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=1330175> [Fecha de consulta: 18/06/2018].

Obonye, J. (2012). Reflections on the Refugee Protection regime in Africa: Challenges and prospects. *University of Botswana Law Journal*, Botswana, v. 14, (pp. 71-94).

Parker, J. L. (1982). Victims of Natural Disasters in U.S. Refugee Law and Policy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 3, (pp.137-154). Recuperado de <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1865&context=mjil> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Oyarzabal, M. (2015). Nacionalidad, Asilo y Refugio. En S. S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 897-915). Buenos Aires: ERREPAR.

Türk, V. (2013). Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 25, N° 1, (pp. 120-129). Recuperado de <https://academic.oup.com/ijrl/article/25/1/120/1549506> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Wessels, J. (2011). Sexual Orientation in Refugee Status Determination, Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford. *Working Paper Series* N° 74. Recuperado de <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/wp74-sexual-orientation-refugee-status-determination-2011.pdf> [Fecha de consulta: 17/06/2018].

Normativa e instrumentos internacionales

Acuerdo gubernativo N° 383/2001. Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala, Guatemala, 14/09/2001. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1410.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1410> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Conferencia Internacional sobre refugiados centroamericanos (CIREFCA), *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, Ciudad de Guatemala, 31/05/1989.

Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, La Antigua, 05/06/2013. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp [Fecha de consulta: 15/06/2018].

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28/07/1951. Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en [Fecha de consulta: 15/06/2018].

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Cartagena, 22/11/1984. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf> [Fecha de consulta: 13/06/2018].

Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, 03/03/2004. Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/HND/INT_CMW_ADR_HND_23866_S.pdf [Fecha de consulta: 15/06/2018].

Directiva 83/2004/EC, 29/04/2004. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:ES:PDF> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Directiva 95/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13/12/2011. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:ES:PDF> [Fecha de consulta: 16/06/2018].

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Yogyakarta, 26/03/2007.

Jurisprudencia

TJUE C-465/07, 17/02/2009, “Meki Elgafaji y Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie”. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0465> [Fecha de consulta: 02/03/2018].

TJUE, casos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12, “Minister voor Immigratie en Asiel v. X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel”. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0199> [Fecha de consulta: 02/03/2018].

TJUE - Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, 2/12/2014. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-148/13&language=es> [Fecha de consulta: 14/06/2018].

European Court of Human Rights, Case of M. E. V. Sweden, 26/06/2014.

European Court of Human Rights, Case of O. M. V. Hungary, 05/07/2016.

Fecha de recepción: 07-03-2018

Fecha de aceptación: 06-06-2018