



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO,
INTERNAZIONALE ED EUROPEO

TESIS DOCTORAL

Los derechos de los solicitantes de asilo LGBTI
tras la Agenda Europea de Migración.

Francisco de Asís Peña Díaz

Bajo la dirección de:

Ana María Salinas de Frías.

Nerina Boschiero.

Esta tesis ha sido elaborada en régimen de cotutela en virtud de un acuerdo suscrito entre la Universidad de Málaga y la Università degli Studi di Milano. En cumplimiento de dicho acuerdo, la Introducción y Conclusiones de esta tesis han sido redactados en castellano e inglés.

This doctoral thesis has been written under a cotutelle agreement signed by the University of Malaga and the University of Milan. In application of said agreement, the Introduction and the Conclusions of this doctoral thesis has been written in Spanish and English.

AUTORIZACIÓN PARA LA LECTURA DE LA TESIS

DOCTORANDO: Francisco de Asís Peña Díaz

TÍTULO DE LA TESIS: Los derechos de los solicitantes de asilo LGBTI tras la Agenda Europea de Migración

PROGRAMA DE DOCTORADO: Ciencias Jurídicas y Sociales

Este trabajo de investigación, que se presenta como Tesis Doctoral, ha sido desarrollado en cotutela por D. Francisco de Asís Peña Díaz en la Universidad de Málaga (España) y la Università degli Studi di Milano (Italia), bajo la codirección de las profesoras Dra. Ana María Salinas de Frías y Dra. Nerina Boschiero y reúne los requisitos de calidad exigidos para que se proceda a su lectura.

Tanto su estructura como su contenido responden a los objetivos planteados. El tema elegido resulta de gran actualidad, pues incide directamente en uno de los grandes retos a los que se enfrentan la Unión Europea y sus Estados Miembros en tiempos recientes: la gestión de las migraciones y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de refugio y derechos humanos. Su estudio ha conllevado un análisis profundo y riguroso desde el Derecho Internacional Público, el Derecho de la Unión Europea, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados, acudiendo a la doctrina y a un gran número de fuentes primarias y secundarias. El doctorando finaliza con unas conclusiones originales y relevantes para la protección de los derechos del colectivo de solicitantes de asilo que forma el objeto central de este trabajo.

La tesis está respaldada por varias publicaciones, entre las que cabe destacar: PEÑA DÍAZ, F., “La Operación Sophia: ¿una crisis de identidad en el seno de la PCSD?”, en GARCÍA RICO, E.M.; TORRES CAZORLA, M.I. (dirs.); BAUTISTA HERNÁNDEZ, A.; PASTOR GARCÍA, A. (coord.), *Hacia una identidad europea en materia de seguridad y defensa: ¿realidad o utopía?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 247-264; PEÑA DÍAZ, F., “Credibilidad de los solicitantes de asilo y estereotipos heterosexistas: en busca del ‘refugiado LGBTI por antonomasia’”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Vol. 39, 2019; PEÑA DÍAZ, F., *La lucha que no cesa: los derechos del colectivo LGBTI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; SALINAS DE FRÍAS, A.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., (dirs.); SÁNCHEZ FRÍAS, A.; PEÑA DÍAZ, F. (coord.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; PEÑA DÍAZ, F., “La Agenda Europea de Migración: últimos desarrollos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 33, 2017; PEÑA DÍAZ, F., “No pasarán: el concepto de país de origen seguro como obstáculo al derecho de asilo”, en CAPDEVILA MARTÍNEZ, C.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

Por lo anterior, autorizo el depósito y lectura de la presente tesis doctoral en Málaga, a 23 de noviembre de 2019,



Dra. Ana María Salinas de Frías

Catedrática de Derecho Internacional Público y RRII, Universidad de Málaga



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO
PUBBLICO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

REPERTORIO VERBALI

N. 11/2019

del 20 novembre 2019 (VERBALE)

PROGRESSIVO N.

2937878 del 21/11/2019

COLLEGIO DEI DOCENTI DEL
CORSO DI DOTTORATO IN
DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

DEL 20 NOVEMBRE 2019

RIUNIONE TELEMATICA

Il giorno 19 novembre 2019 dalle ore 12.00 alle ore 12.00 del 20 novembre 2019, si riunisce *via telematica*, a seguito di regolare convocazione inviata il 14 novembre 2019 alle ore 15.02, il Collegio dei docenti del Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo, per deliberare sul seguente

Ordine del Giorno

1. Ammissione alla discussione pubblica della tesi del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, del XXXI ciclo;
2. Nomina dei componenti della Commissione per l'esame finale del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, del XXXI ciclo.

Nr	NOMINATIVO	CURRICULU M	APPROVA
1	Giovanna ADINOLFI	PO	Approva i punti 1 e 2
2	Francesco V. ALBERTINI	RC confermato	Approva i punti 1 e 2
3	Chiara AMALFITANO	PO	Approva i punti 1 e 2
4	Vittorio ANGIOLINI	PO	Approva i punti 1 e 2
5	Marco L. ANTONIOLI	PA	Approva i punti 1 e 2
6	Giuseppe ARCONZO	PA	Approva i punti 1 e 2
7	Stefania BARIATTI	PO	Approva i punti 1 e 2
8	Luca S. BERTONAZZI	PO	Approva i punti 1 e 2
9	Francesca BIONDI	PO	Approva i punti 1 e 2
10	Gabriele BOTTINO	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
11	Maurizio CAFAGNO	PO	Approva i punti 1 e 2
12	Massimo CONDINANZI	PO	Approva i punti 1 e 2



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

13	Zeno CRESPI REGHIZZI	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
14	Elisabetta CRIVELLI	RC confermato	Approva i punti 1 e 2
15	Alessia DI PASCALE	PA	Approva i punti 1 e 2
16	Davide DIVERIO	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
17	Fabrizio FRACCHIA	PO	Approva i punti 1 e 2
18	Luigi FUMAGALLI	PO	Approva i punti 1 e 2
19	Federico GAFFURI	PA	Approva i punti 1 e 2
20	Diana-Urania GALETTA	Coordinatore	Approva i punti 1 e 2
21	Davide GALLIANI	PA	Approva i punti 1 e 2
22	Francesco GOISIS	PO	Approva i punti 1 e 2
23	Giorgio GRASSO	PA	Approva i punti 1 e 2
24	Edoardo GREPPI	PO	Approva i punti 1 e 2
25	Miryam IACOMETTI	PO	Approva i punti 1 e 2
26	Alessandra LANG	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
27	Stefania LEONE	RTD-B	Approva i punti 1 e 2
28	Benedetta M. C. LIBERALI	RTD-B	Approva i punti 1 e 2
29	Marco OROFINO	PA	Approva i punti 1 e 2
30	Marco PEDRAZZI	PO	Approva i punti 1 e 2
31	Federico G. PIZZETTI	PO	Approva i punti 1 e 2
32	Gaetano RAGUCCI	PO	Approva i punti 1 e 2
33	Barbara RANDAZZO	PO	Approva i punti 1 e 2
34	Alberto ROCCELLA	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
35	Francesco ROSSI DAL POZZO	PA confermato	Approva i punti 1 e 2
36	Lidia SANDRINI	PA	Approva i punti 1 e 2
37	Cecilia SANNA	RC confermato	Approva i punti 1 e 2
38	Filippo SCUTO	PA	Approva i punti 1 e 2
39	Marco SICA	PO	Approva i punti 1 e 2
40	Wladimiro TROISE MANGONI	PO	Approva i punti 1 e 2



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO
PUBBLICO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

41	Michele VELLANO	PO	
42	Ilaria VIARENGO	PO	Approva i punti 1 e 2
43	Francesca Clara VILLATA	PO	Approva i punti 1 e 2

1. Ammissione alla discussione pubblica della tesi del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, del XXXI ciclo

A seguito di valutazione positiva dei referee sulla tesi di dottorato (all. 1 e 2), viene sottoposta l'ammissione alla discussione pubblica della tesi del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, matr. n. R12107, del XXXI ciclo. Titolo della tesi: *Los derechos de los solicitantes de asilo LGBTI tras la Agenda Europea de Migración.*

Viene approvata l'ammissione alla discussione pubblica della tesi.

2. Nomina dei componenti della Commissione per l'esame finale del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, del XXXI ciclo

Viene sottoposta all'approvazione la nomina dei componenti della Commissione per l'esame finale del dottorando dell'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Milano, Francisco de Asis Peña Díaz, matr. n. R12107, del XXXI ciclo. La Commissione giudicatrice, in accordo con l'Università di Malaga, è così composta:

1. Ángel Sánchez Legido, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Castilla-La Mancha
2. Alessia Di Pascale, P.A. Settore S.D. IUS/14 – Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano
3. Jochen Sohnle, Professeur de Droit public, Université de la Lorraine

Viene approvata la Commissione per l'esame finale.

Al termine della riunione telematica hanno approvato tutti i punti del verbale **42** docenti. Non essendo pervenuta nessuna comunicazione in contrario entro il termine stabilito, sono **approvate** le delibere di cui sopra.

Letto, confermato e sottoscritto.

Il Coordinatore
Prof.ssa Diana Urania Galetta

Il segretario verbalizzante
Maria Rosaria D'Ambrosio

Milano, 20 novembre 2019

RESUMEN EN INGLÉS

SUMMARY IN ENGLISH

Summary: “LGBTI People in the Common European Asylum System after the European Agenda on Migration”

Resumen: “Las personas LGBTI en el Sistema Europeo Común de Asilo tras la Agenda Europea de Migración”

Doctorando: Francisco de Asís Peña Díaz

Since its inception, International Human Rights Law has been concerned with protecting those most exposed to violence and discrimination. However, their development in the aftermath of World War II ignored LGBTI people. The acknowledgment of this group as subjects of human rights has progressed slowly but inexorably. A good example of this is the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Although its provisions do not mention LGBTI people, it has eventually included them in its scope thanks to the case-law of the Court of Strasbourg.

The same tendency is echoed in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees. As a result, the refugee definition has evolved to accommodate persons who are very different in all probability from the people conceived by its drafters. Since the 1980s, LGBTI asylum-seekers have gradually acceded to refugee status. This is no small achievement. All too often, the violence suffered by these people is perpetrated while national authorities remain impassive or even participate in the oppression. Against this backdrop, many LGBTI people are forced to flee their countries of origin seeking the protection their States cannot or refuse to provide.

A sizeable number of them escape to European States, whose societies portray themselves to the outside world as the strongest bulwarks of the LGBTI. However, European States are currently caught up in a primarily securitarian logic that sees refugees and irregular migrants as threats to their security, stability and "European way of life". As a result, regulations governing asylum status and procedures have been developing in an increasingly repressive way. The crisis of the Common European Asylum System that followed the arrival of large numbers of asylum seekers has led to a "new normal" in which the limitation of the rights of asylum seekers is not only legitimate and possible,

but also desirable. In this thesis, we will examine how this approach to migration affects LGBTI asylum seekers.

To this end, we will engage in a critical analysis of the main legislative and policy-making instruments of the Common European Asylum System within the framework of the European Agenda on Migration, the blueprint for the European Union's migration, asylum and border control policies since 2015. Such analysis will be founded on three pillars or approaches: a human rights-based approach, as human rights conform the frame of reference within which any study in the area of international refugee law should be developed; a gender-sensitive approach based on the postulates of queer critique, a crucial perspective since the violence suffered by LGBTI people around the world is rooted in their non-compliance with their societies' gender rules and regulations; and an intersectional approach, since LGBTI asylum seekers merge two mutually interacting categories: LGBTI people and asylum seekers, a multi-faceted nature that puts host States -particularly Western States- in constant tension.

The thesis is divided in four chapters. The first two will study the consideration of the LGBTI person as a subject of rights both in International Human Rights Law and International Refugee Law. Subsequently, and in order to better express our intersectional approach, we will examine the situation of asylum seekers in the European Union following the (misnamed) "refugee crisis" that arose after the events of the Arab Spring. Finally, we will assess the protective regime contained in the Recognition, Procedures and Reception Directives to evaluate how effectively they guarantee the rights of LGBTI asylum seekers in the European Union.

CHAPTER 1: The rights of the LGBTI as human rights.

The development and expansion of Human Rights that ensued after the Second World War barely addressed issues of gender and completely ignored any concerns related to LGBTI people. However, this does not mean that the situation of this social group was the same as it was before or during the conflict, or that it was the same all over the world. On the contrary, "homosexual activities" had already been erase from the Criminal Codes of certain European countries, especially those influence by the French decriminalization during Napoleon's rule -like Belgium, Luxembourg or Spain-. Even if most of these countries still penalized homosexuality to a certain degree, they are still a valuable precedent for the subsequent decades.

The qualitative leap from “LGBTI rights” to “Human Rights of the LGBTI people” took place paradoxically during the 80s, a decade where neo-conservatism and the AIDS crisis made sexual minorities a handy scapegoat for middle class anxieties. In 1981, the European Court of Human Rights (ECtHR) issued its Judgement over the *Dudgeon v. United Kingdom* case, the first decision of an international human rights body to declare the criminalization of sexual relationships between same-sex consenting adults as a breach of Human Rights Law.

The case-law of the ECtHR concerning sexual orientation and gender identity created a momentum that was seized by the increasingly organized LGBTI international movement. In 2006, 29 experts on LGBTI issues and Human Rights Law met in Yogyakarta, Indonesia. The Yogyakarta Principles are based on two main principles: the universality of human rights and the principle of no-discrimination, which results in Principles 1 to 3 establishing the rights of every human being to fully enjoy all the human rights and to be recognized before the law regardless of their sexual orientation or gender identity. The success of the Yogyakarta Principles as a soft-law instrument is undisputed.

Early efforts to introduce LGBTI issues in the United Nations were focused on the General Assembly, but the biggest steps were made in the UN’s Commission on Human Rights (CHR) and the Human Rights Council (HRC). Yet the strongest push was given by a Resolution proposed to the Commission of Human Rights by Brazil in 2003. The Brazilian proposal included most of the elements that would constitute the foundation of the Yogyakarta Principles. Based on the human rights principles of universality and no discrimination in its exercise and concerned about human rights violations perpetrated on the basis of the victims’ sexual orientation, the Resolution was backed by 26 States - mostly European-. However, it was opposed again by a loose front of Catholic, Islamic and African countries which bombed the resolution with amendments intended to change its whole nature and a no-action motion by Pakistan. Even though the motion was finally rejected, the Resolution was postponed and finally abandoned by Brazil in 2005.

The presentation in Geneva of the Yogyakarta Principles in 2007 culminated in 2008 in another Joint Declaration submitted by Argentina to the General Assembly. The momentum was unstoppable and in 2011 a new Joint Declaration reached the Human Rights Council presented by Colombia. Backed by a record number of 85 countries, it made clear that there was a huge part of the international community willing to discuss LGBTI issues at the global level. Thus, some months later the Human Rights Council

approved by 23 votes against 19 and 3 abstentions its Resolution 17/19, which was the first HRC Resolution about sexual orientation. Founded, again, on the principles of universality and no discrimination, the Resolution requests the High Commissioner for Human Rights to commission a study “documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, in all regions of the world, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and, gender identity”. The Resolution ends referring to sexual orientation and gender identity issues as a “priority” for the first time.

It is now beyond any doubt that the human rights of the LGBTI people are now a priority of the United Nations agenda. Not only the Human Rights Council has pronounced itself in this sense, but also the whole family of the United Nations is also committed to this issue, as shows the Joint Statement issued by twelve of them in 2015.

CHAPTER 2: LGBTI People and International Refugee Law.

The definition of refugee of the Geneva Convention fails to address issues of gender, sexual orientation, gender identity or expression and sexual characteristics, being more suitable to protect a male, European, cisgender and heterosexual refugee than an LGBTI asylum seeker. Although persecution on the grounds of sexual orientation or gender identity is now widely accepted in International Refugee Law, LGBTI asylum applications present a high degree of sophistication, leading to many and varied issues affecting every element of the refugee definition.

Notable among these problems are those stemming from the credibility assessment of asylum seekers’ testimonies. The element of well-founded fear should be examined objectively by focusing on the potential risk of persecution faced by the applicant in their home country. On many occasions, however, the only evidence they can provide is their own testimony. In accordance with UNHCR recommendations and the Qualification Directive, the Qualification Directive must be credible and consistent in order to be credible. According to the UNHCR recommendations and the Qualification Directive, their statements must be plausible and consistent in order to be credible.

For LGBTI people, these requirements are often judged on the basis of stereotypes that impede a correct and fair assessment by encouraging their stories to conform to the

dominant prejudices in the receiving society while at the same time excluding applicants who do not meet these expectations from the protection. For this reason, the Court of Justice of the European Union has banned the use of stereotypes and prejudices -albeit in a tempered and improvable way- as well as sexually explicit questions, demonstrations and graphic documents, all of which infringe LGBTI asylum seekers' fundamental rights.

An applicant's statements will generally be deemed as consistent when they do not contradict neither their previous (internal consistency) nor the information on the situation in their country available to the examining authorities (external consistency). Both dimensions of coherence raise concerns in the case of LGBTI people.

It has often been understood that an applicant's statements were internally inconsistent - and therefore lacked credibility - because he or she had not mentioned his or her sexual orientation or gender identity at the outset of the procedure. However, there are plenty of reasons why an LGBTI person might have concealed this information, such as fear of the authorities or internalized feelings of homophobia, biphobia, transphobia or interphobia. They may not even be aware of their own sexual orientation or gender identity prior to their arrival to the host country (as in the case of some *sur place* refugees) or that it could be the basis for their asylum application.

The country of origin information available to the authority is not always sufficiently high-quality or is not used properly. It may not mention LGBTI people, which has sometimes been understood as an indication that they are not being persecuted. However, the invisibility of certain LGBTI communities or the lack of organizations specialized in their rights may explain why there is no information on them, especially in those States where their persecution is harder.

LGBTI people have the right to enjoy all human rights. However, decision-makers in many receiving States have often considered that LGBTI asylum-seekers could escape persecution by suppressing their sexual orientation or gender identity or expression. Self-inflicted repression - often (mis)called discretion - can have devastating consequences on LGBTI people's mental health as well as preventing them from fully exercising their human rights.

The persecution of LGBTI people is often perpetrated by non-state actors such as their families, neighbors or criminal gangs. In such cases, the State will be understood to be unable to protect the applicant when it is incapable to actually lower the risk to a reasonable level. Because the hatred towards LGBTI people usually encompasses all

layers of the society, the applicant cannot normally be expected to seek the protection of a non-state actor or to flee to a safer region within their country. Nor should stereotypical decisions be made about internal protection alternatives. In states that criminalize LGBTI people, they cannot reasonably be expected to turn to the authorities for protection.

CHAPTER 3: Impact of the European Agenda on Migration on asylum-seekers' rights.

An inaccurate assessment of their application is not the only challenge that LGBTI refugees face today. As asylum seekers, they have to cope with the constraints on their rights that host States have been imposing on this group over the last decades. In the European Union, this trend has intensified after the arrival of large numbers of asylum seekers to its territory in the decade of 2010, and most notably between 2015 and 2016. The development of the proposals and lines of action included in the European Agenda on Migration support this point, as they reflect a predominantly securitarian and utilitarian conception of migration and asylum. An approach that has led the Union and its Member States to adopt shortsighted and ineffective policies without taking human rights sufficiently into account.

The strategy to deal with irregular immigration devised by the European Agenda on Migration highlights this vision. While its declared aim is to address the root causes of irregular migration in cooperation with States of origin, the policies and the legislation that adopted suggest otherwise. First, because they confuse cause and effect by targeting migrants smuggling rather than the factors pushing people out of their States. Second, because the biggest cooperative efforts have been made with States of transit, such as Libya or -most notably- Turkey, in an effort to convert them in the gatekeepers of Europe tasked with preventing the arrival of more asylum seekers. In many cases, these States have demonstrated a blatant lack of will or ability to safeguard human rights, especially those of migrants and refugees. Neither Turkey nor Libya are safe states for asylum seekers or LGBTI people. Furthermore, the weakness of this cooperation and its ineffectiveness as long-term solutions have been exposed throughout 2019, particularly in the case of the EU-Turkey agreement.

Although the Agenda sets saving lives as a priority of common policy on external border management, four years on, the European Union still does not have a dedicated operation specifically deployed to perform search and rescue operations at sea. The loss

of thousands of lives every year in the Mediterranean Sea calls for greater efforts in this regard, and especially in the development of legal and secure pathways to Europe. The entry barriers set by the Schengen acquis and the visa policy appear to succeed in preventing the arrival of asylum seekers, but at the cost of redirecting them to extremely dangerous irregular routes. The new European Border and Coast Guard has no prospect of improving this situation, as progress on maritime rescue and the protection of the fundamental rights of persons affected by Frontex operations fall short.

Even though it is precisely in the area of asylum policy where the Agenda sets more ambitious goals, today it remains impossible to envisage a genuine Common European Asylum System. In addition to the wide differences in the number of processed and recognised applications among the Member States, there are still serious differences in reception conditions. The emergency relocation scheme, deployed in 2015 with the purpose of mitigating the strain on Italy and Greece asylum systems and intended to be the forefront of a solidarity-based and fairer system of burden-sharing, has failed. The redistribution of asylum seekers on the basis of specific agreements or mechanisms is a welcome measure, yet a temporary one.

Even though it is precisely in the area of asylum policy where the Agenda sets more ambitious goals, today it remains impossible to envisage a genuine Common European Asylum System. In addition to the wide differences in the number of processed and recognised applications among the Member States, there are still serious differences in reception conditions. The emergency relocation scheme, deployed in 2015 with the purpose of mitigating the strain on Italy and Greece asylum systems and intended to be the forefront of a solidarity-based and fairer system of burden-sharing, has failed. The redistribution of asylum seekers on the basis of specific agreements or mechanisms is a welcome measure, yet a temporary one.

In this sense, the proposed 2019 agreement for the central Mediterranean shows that, four years later, there is still a division within the Union among States which reject any kind of solidarity and those which only envisage short-term solutions. Furthermore, none of the measures proposed by the Commission in its 2016 asylum package has been approved yet. Against this background, the needs of LGBTI asylum seekers are not being considered, and many of their needs are not being addressed within the Common European Asylum System.

CHAPTER 4: LGBTI people in the Common European Asylum System.

While the case-law of the European Court of Human Rights began to advance the human rights of the LGBTI people, the institutions of the European Communities started to pay attention to this issue. In particular, the European Parliament issued a number of resolutions concerning this group. Although these resolutions were just political and had no binding value, their importance in building the basement of a stronger protection of LGBTI people in the EU should not be understated.

The Treaty of Amsterdam was the first international treaty to mention sexual orientation on its provisions. This is the first time the EU is expressly authorized to act against discrimination on grounds of sexual orientation, although always in the realm of its competences and with certain limitations. First, it is not a general prohibition of all discrimination on this ground, but rather an authorization to the Council to adopt any appropriate action to combat it. In consequence, it lacks direct effect. Second, the procedure requires unanimous support in the Council and only reserves a consultative status to the Parliament. Third, it does not mention gender identity, which has proven to be problematic given today's lack of specific instruments protection transgender people from discrimination. However, it allowed to the adoption of the Directive 2000/78/EC, the first to ban discrimination on grounds of sexual orientation at work.

Although there wasn't a step forward as huge as the Treaty of Amsterdam until the Treaty of Lisbon, the Treaty of Niza included an interesting development. It added a new paragraph to article 13 to relax the unanimity rule in certain cases, such as incentive measures aimed at supporting Member States' actions to fight against discrimination on the basis of sexual orientation, so any decision on these matters would be adopted through the ordinary legislative procedure. As a result, the Council and the European Parliament adopted Decision No 771/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 establishing the European Year of Equal Opportunities for All (2007) — towards a just society and Decision No 1672/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 establishing a Community Programme for Employment and Social Solidarity — Progress. Both included actions way beyond discrimination at work, such as “celebrating diversity” or “erase stereotypes”, which shows how important the intervention of the European Parliament is to advance the rights of the LGBTI people.

The lack of guarantees for fundamental rights has been a recurring criticism of the EU. This became a major issue when the progressive expansion of the Union to fields that directly affected individual rights and to countries with almost no democratic tradition. After a complex procedure, the Charter of Fundamental Rights was proclaimed in Nice in 2000. Notwithstanding the importance of these advances, the Charter was not legally binding when it was proclaimed. It was not included in the Treaties with the Treaty of Nice, as it was intended. However, its political effects should not be understated.

After the failure of the European Constitution, a new step forward was needed: the Treaty of Lisbon. One of its biggest innovations has been giving binding value to the Charter of Fundamental Rights (art. 6.1 TEU), banning discrimination on grounds of sexual orientation. According to the Explanations to the Charter, article 21.1 of the Charter is not incompatible with article 19.1 of the TFEU (which is the equivalent of the previous article 13). In fact, it allows to create a new obligation to the European Union: mainstreaming the fight against discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity in its policies and actions, which includes the common policy on asylum.

In the European Union, two different sets of criteria to designate a group as a “particular social group” coexist: the *ejusdem generis* and the social perception approaches. However, and contrary to the UNHCR recommendations, they are not meant to be applied alternatively but cumulatively, as the particle “and” indicates and as the CJEU has declared. This increases the risk of leaving LGBTI people outside of the international protection system.

According to the Court, the declaration of one’s sexual orientation is “merely the starting point in the process of assessment of the facts and circumstances” of the asylum application. However, the methods used by the authorities in their evaluation must comply with Fundamental Rights and must take into account their personal situation and circumstances.

LGBTI asylum-seekers face a particular obstacle: they need to make plausible experiences which usually are too far from the experiences of their listeners: the asylum authorities. The diversity among asylum-seekers advises against evaluating their credibility by taking the authorities’ own cultural views as universal; however, that has often been the case. For instance, authorities may assume that a homosexual Muslim man would hold a particular opinion about their sexual orientation or would never have sexual relationships with a woman. In *A, B & C*, the CJEU declares that basing a decision on an

asylum application purely on these prejudices and assumptions would go against the obligation of Member States to take into account the particular situation and personal circumstances of the applicant. Although it does not fully rule stereotypes out -which entails risks of authorities not considering LGBTI asylum-seekers credible when they do not conform with their “ideal” of an LGBTI person-, the Court has highlighted the need to dig deeper into the subjectivity and complexity of this group of people.

At times, medical and psychological examinations have been used in an attempt to establish an asylum seeker’s sexual orientation. While in some countries this type of tests is aimed at "discovering" homosexuals and bisexuals to punish them, in the Member States of the European Union it was raised as a means to assess whether an asylum-seeker was a genuine LGBTI person. This is problematic for two reasons. First, because they are completely ineffective, since no reliable medical or psychological method has been found capable of establishing someone's sexual orientation. Particularly in the case of medical tests, an excessive focus is placed on the strictly sexual dimension of sexual orientation, disregarding its emotional and affective spheres.

Second, because they violate the fundamental rights of LGBTI people, as the Court of Justice of the European Union has ruled. They do not only delve into areas of the personality protected by the right to privacy, but also some of them -like the plethysmography- constitute practices that undermine human dignity.

Although the Reception Conditions and the Asylum Procedures Directives do not agree on the composition of their lists of persons who have special reception needs or who requires special procedural guarantees, the ECtHR case-law has clearly stated that LGBTI asylum seekers are in a situation of vulnerability. Therefore, they should be able to access both types of safeguards. In any case, to deem an applicant as vulnerable requires a prior and specific analysis that should address all their personal circumstances and the possible intersections among them to avoid essentialist conceptions of LGBTI people and to correctly identify their needs. The tool designed by EASO for this purpose may provide useful and appropriate support in this task.

Regarding special procedural guarantees, the inherent complexity of LGBTI asylum applications makes fast-track procedures especially unsuitable for LGBTI people. In particular, the application of the safe country of origin concept should be avoided as violence against this group is prevalent throughout the world and too often the available country of origin information does not provide an accurate picture of the situation of this

group, all the more so when persecution is exercised by non-state actors. For this reason, it is worrying that most Member States which use lists of safe countries of origin do not specifically address the situation of LGBTI people.

In addition, the interviewing staff and interpreters should be sufficiently trained in gender, sexual orientation, gender identity, gender expression and sexual characteristics issues to allow for an easier communication by creating safer and more comfortable environments for LGBTI people. However, few Member States have included them in their training programmes.

As for the particular needs of reception, they are especially relevant for LGBTI asylum seekers in three cases. First, when they are detained. Although the Reception Directive does not forbid the detention of vulnerable persons, the authorities must take the necessary measures to ensure the safety of LGBTI inmates as well as to provide alternatives where that is not possible. The Directive does not give sufficient consideration to the gender perspective, and not at all to the queer approach, as it only requires detained asylum seekers to be split between men and women, which is clearly not enough. However, some Member States have established specialized centres for LGBTI refugees, although they often lack the resources to meet the high demand.

Second, LGBTI people are entitled to have their physical and mental health guaranteed and to receive the necessary medical care. The stigma suffered by this group in their countries of origin exposes them to an enhanced risk of suffering certain diseases and disorders, and to be discriminated against in the access to health. As for trans people, they must have access to at least three specific treatments: the continuation of hormone replacement therapies to avert the consequences of their interruption, psychotherapy and post-operative care if they have undergone surgery for gender reassignment.

Third, LGBTI families must be treated in a non-discriminatory manner, as they also have the right to benefit from any arrangements aimed at maintaining family unit. The ECtHR's case-law concerning family life and, by analogy, the CJEU case-law on free movement, same-sex couples should enjoy the same rights that the CEAS attributes to straight couples, whether married or not.

Despite the need to address the issues outlined above, the Commission's proposals for reform do not take LGBTI people into account. Although they codify - to some extent - the case law of the CJEU in the Proposal for a Qualification Regulation, the Commission

focuses its proposals on developing sanctions for asylum seekers who leave the Member State responsible for their application, with the aim of reducing secondary movements.

Such is the case, above all, of the Proposal for a Reception Conditions Directive. Rather than encouraging asylum seekers to remain in the Member State responsible for their application, the Commission chooses to penalize those who leave it by withdrawing their material reception conditions. Although persons with special reception needs would be excluded from this penalty, the Commission does not mention LGBTI persons explicitly. Given the shortcomings in the accommodation of this people and the major differences among Member States, this proposal poses several risks for these people.

The Proposed Asylum Procedures Regulation also includes sanctions aimed at preventing secondary movements. It proposes to process the application under an expedited procedure; a fast-track procedure that, moreover, becomes mandatory once the directive is replaced by a regulation. Of particular concern is the fact that the concept of a safe country of origin would also become mandatory, and the proposed list would include Turkey, a country that is clearly unsafe for LGBTI people.

Although these proposals have not been adopted thanks, in part, to the numerous amendments submitted by the European Parliament - far more sensible to the needs of the LGBTI community both in the past and today - they mirror the securitarian approach to irregular migration dominant in Europe under the European Migration Agenda. A paradigmatic example of a "tunnel vision" which, by focusing on the restriction and control of asylum seekers to avoid a blurred threat, neglects the needs of a particularly vulnerable group: LGBTI asylum seekers.

The election in 2019 of a new European Commission headed by a woman and poised to become the most balanced in terms of gender parity in the history of the EU may give some hope; however, the lack of mentions to LGBTI people in the President's inaugural speech and the creation of a "Protecting our European way of life" position in the Commission raises too many doubts of continuism.

**LOS DERECHOS DE LOS SOLICITANTES DE
ASILO LGBTI TRAS LA AGENDA EUROPEA
DE MIGRACIÓN.**

***THE RIGHTS OF LGBTI ASYLUM SEEKERS
AFTER THE EUROPEAN AGENDA ON
MIGRATION***

Francisco de Asís Peña Díaz

*Las personas queer tenemos la suerte
y el don de poder elegir a nuestra
propia familia.*

*Este trabajo está dedicado a toda(s)
mi(s) familia(s), y, en especial, a mis
padres, a Christian y a Ana.*

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	13
INTRODUCTION.....	21
CAPÍTULO 1: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI COMO DERECHOS HUMANOS	27
1. TERMINOLOGÍA.....	28
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH COMO MOTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI	32
2.1. <i>Primera jurisprudencia del TEDH en materia de orientación sexual: el caso Dudgeon y su impacto.</i>	35
2.1.1. La criminalización de la orientación sexual como vulneración de los Derechos Humanos: el caso Dudgeon.....	35
2.1.2. Consolidación de la doctrina Dudgeon: los casos Norris y Modinos.....	37
2.1.3. Globalización de la doctrina Dudgeon: Toonen contra Australia.....	39
2.1.4. Primera jurisprudencia del TEDH sobre discriminación por motivos de orientación sexual.....	40
2.2. <i>El reconocimiento de las identidades de género diversas en la jurisprudencia del TEDH.</i>	42
2.2.1. Primeras sentencias: la interpretación evolutiva de la CEDH y los derechos de las personas transgénero.....	42
2.2.2. La sentencia sobre el caso Goodwin.....	45
3. DESARROLLO JURÍDICO POR LA SOCIEDAD CIVIL DE LOS DDHH DE LAS PERSONAS LGBTI: LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.....	47
3.1. <i>Primer intento de sistematización de los derechos humanos de las personas LGBTI desde el activismo: la Conferencia de Montreal.</i>	47
3.2. <i>Los Principios de Yogyakarta: objetivos y naturaleza.</i>	48
3.3. <i>Contenido de los Principios de Yogyakarta.</i>	50
3.4. <i>Crítica y revisión: Yogyakarta+10</i>	53
3.5. <i>Impacto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.</i>	55
4. INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS	56
4.1. <i>Primeras victorias: las personas LGBTI en los informes de los Relatores Especiales.</i>	58
4.2. <i>Los derechos de las personas LGBTI en el Consejo de Derechos Humanos.</i>	68
4.2.1. Primeros intentos.....	68
4.2.2. La Resolución 17/19.....	72
4.2.3. Consolidación de los derechos humanos de las personas LGBTI en el sistema de Naciones Unidas.....	74
5. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL MUNDO.....	77
5.1. <i>Violencia y discriminación contra las personas LGBTI.</i>	78
5.2. <i>Protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.</i>	84

6. LAS PERSONAS LGBTI COMO SUJETOS DE DERECHOS HUMANOS	86
CAPÍTULO 2: LAS PERSONAS LGBTI EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS	89
1. LA TERRITORIALIDAD DEL CONCEPTO DE REFUGIADO Y LAS LGBTI.....	90
1.1. <i>Refugiados sur place</i>	91
1.2. <i>Los conceptos de tercer país seguro</i>	92
2. EL TEMOR FUNDADO A SUFRIR PERSECUCIÓN: LA CREDIBILIDAD DE LAS LGBTI SOLICITANTES DE ASILO	94
2.1. <i>Criterios para determinar el temor fundado a sufrir persecución</i>	95
2.2. <i>La credibilidad de los solicitantes de asilo LGBTI como elemento central de su solicitud</i>	97
2.2.1. La verosimilitud de las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual o identidad de género.	98
2.2.2. Evaluación de la coherencia de las declaraciones de las personas LGBTI solicitantes de asilo.	105
2.2.3. Coherencia externa y personas LGBTI: la información sobre la situación del colectivo en los países de origen.....	107
3. LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO	110
3.1. <i>La criminalización de orientaciones sexuales o de identidades y expresiones de género diversas como forma de persecución</i>	112
3.2. <i>Represión autoinfligida: los riesgos de exigir “discreción” a las personas LGBTI solicitantes de asilo</i>	114
4. LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN ESTATAL A LAS PERSONAS LGBTI	121
4.1. <i>El fracaso de la protección estatal como elemento de la persecución</i>	122
4.2. <i>Agentes no estatales de protección y personas LGBTI</i>	126
4.3. <i>Alternativas internas de protección</i>	128
4.3.1. Evaluación de la AIP: método holístico del ACNUR.....	130
4.3.2. Test de la protección efectiva.....	133
4.3.3. La AIP y las personas LGBTI.....	135
5. LAS PERSONAS LGBTI COMO GRUPO SOCIAL DETERMINADO	136
5.1. <i>Interseccionalidad en la persecución a las personas LGBTI</i>	137
5.2. <i>Criterios para determinar la pertenencia a un grupo social determinado</i>	138
5.2.1. Criterio ‘ejusdem generis’ o de características protegidas.....	139
5.2.2. Criterio de percepción social.....	140
5.2.3. Compatibilidad y relaciones entre ambos criterios en su aplicación al colectivo LGBTI.....	141
5.2.4. El reconocimiento de las personas LGBTI como grupo social determinado.....	144
5.3. <i>Nexo de causalidad en las solicitudes de asilo presentadas por motivos de orientación sexual o identidad de género</i>	146
6. LOS SOLICITANTES DE ASILO LGBTI EN EL DERECHO INTERNACIONAL	149
CAPÍTULO 3: IMPACTO DE LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS SOLICITANTES DE ASILO.....	151

1. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN.....	152
2. PRIMER PILAR: “REDUCIR LOS INCENTIVOS PARA LA MIGRACIÓN IRREGULAR”	153
2.1. <i>Cooperación con Turquía: el Acuerdo UE-Turquía de 2016.</i>	156
2.1.1. El Plan de Acción Conjunto UE-Turquía y las Declaraciones de 2015.....	157
2.1.2. El acuerdo UE-Turquía: ¿Declaración política o tratado?	158
2.1.3. Contenido del acuerdo UE-Turquía.....	161
2.2. <i>Cooperación con otros terceros Estados: la colaboración con Libia</i>	166
3. SEGUNDO PILAR: “GESTIÓN DE LAS FRONTERAS — SALVAR VIDAS Y PROTEGER LAS FRONTERAS EXTERIORES”	172
3.1. <i>Código de Fronteras Schengen</i>	175
3.2. <i>La Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex)</i>	180
3.2.1. Antecedentes: la Agencia Frontex.....	180
3.2.2. La Guardia Europea de Fronteras y Costas.....	182
3.2.3. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en la GEFC.	186
4. TERCER PILAR: “EL DEBER DE PROTECCIÓN QUE INCUMBE A EUROPA — UNA POLÍTICA COMÚN DE ASILO SÓLIDA”.....	194
4.1. <i>Mecanismos de reubicación de emergencia</i>	197
4.2. <i>Propuestas de reforma del Reglamento de Dublín: ¿hacia un sistema de reubicación permanente?</i>	205
4.3. <i>Programas de reasentamiento a nivel europeo</i>	212
5. CUARTO PILAR: “UNA NUEVA POLÍTICA DE MIGRACIÓN LEGAL”	215
5.1. <i>La política de visados como barrera al asilo</i>	216
5.2. <i>El caso X y X: una oportunidad perdida</i>	219
6. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN, CUATRO AÑOS DESPUÉS.....	228

CAPÍTULO 4: LAS PERSONAS LGBTI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO.... 231

1. LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS LGBTI EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 231	
1.1. <i>Primeros pasos: la labor pionera del Parlamento Europeo.</i>	231
1.2. <i>Jurisprudencia temprana del TJUE sobre orientación sexual e identidad de género.</i>	236
1.2.1. Discriminación laboral a una persona transgénero: el caso P. contra S.	236
1.2.2. Discriminación laboral a una trabajadora homosexual: el caso Grant.	239
1.3. <i>De Ámsterdam a Lisboa: la protección a las personas LGBTI frente a la discriminación en el Derecho originario.</i>	242
1.3.1. El Tratado de Ámsterdam.....	242
1.3.2. El Tratado de Niza.....	243
1.3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	245
1.3.4. El Tratado de Lisboa.....	248
2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO	251
2.1. <i>Evaluación de las solicitudes de protección internacional por motivos de orientación sexual o identidad de género</i>	252
2.1.1. Las personas LGBTI como grupo social determinado en el SECA.....	252

2.1.2. Las declaraciones de las personas LGBTI solicitantes de asilo como medio de prueba: el test de credibilidad en el SECA.....	256
2.1.3. Influencia de los estereotipos sobre las personas LGBTI solicitantes de asilo en el análisis de su credibilidad.....	259
2.1.4. Preguntas, demostraciones y documentos gráficos sexualmente explícitos.....	261
2.1.5. Exámenes médicos.....	263
2.1.6. Exámenes psicológicos.....	269
2.1.7. La revelación “tardía” de la orientación sexual o identidad de género como prueba de incoherencia.....	272
2.1.8. La información del país de origen en el SECA.....	273
2.1.9. Persecución de las personas LGBTI: la criminalización como acto de persecución en el SECA.....	275
2.1.10. El criterio de discreción en el SECA.....	284
2.2. <i>Los procedimientos de asilo y las personas LGBTI: riesgos y garantías.</i>	284
2.2.1. Vulnerabilidad de las personas LGBTI solicitantes de asilo.....	284
2.2.2. Solicitantes LGBTI y procedimientos acelerados: el concepto de país de origen seguro.....	293
2.2.3. Entrevistas personales a solicitantes LGBTI.....	298
2.3. <i>La acogida de los solicitantes de asilo LGBTI.</i>	301
2.3.1. Riesgos derivados del internamiento de solicitantes de asilo LGBTI.....	301
2.3.2. La atención sanitaria a los solicitantes de asilo LGBTI: el caso de las personas transgénero.....	304
2.3.3. Las familias LGBTI solicitantes de asilo.....	308
3. IMPACTO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL SECA EN LAS PERSONAS LGBTI SOLICITANTES DE ASILO	314
3.1. <i>La Propuesta de Reglamento de reconocimiento.</i>	315
3.2. <i>La Propuesta de Directiva de acogida.</i>	319
3.3. <i>La Propuesta de Reglamento de procedimientos.</i>	323
4. BALANCE DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL SECA	326
CONCLUSIONES	329
CONCLUDING REMARKS	339
BIBLIOGRAFÍA	347
OBRAS GENERALES.....	347
OBRAS ESPECÍFICAS.....	349
FUENTES DOCUMENTALES.....	380
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	403
ANEXO	411

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACCORD: Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation.

ACNUDH: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

AI: Amnistía Internacional.

AIDA: Asylum Information Database.

AIP: Alternativa Interna de Protección.

APF: Foro Asia Pacífico.

APT: Asociación para la Prevención de la Tortura.

BIA: Board of Immigration Appeals.

CCT: Comité Contra la Tortura.

CDF: Carta de Derechos Fundamentales.

CDH: Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

CE: Comisión Europea.

CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

CEC: Comisión de la Comunidad Europea.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

CESE: Comité Económico y Social Europeo.

CFS: Código de Fronteras Schengen.

CG51: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIDOB: Barcelona Centre for International Affairs.

CIJ: Corte Internacional de Justicia.

CoE: Consejo de Europa.

ComDH: Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

CRC: Comité de Derechos del Niño.

CTM: Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

EASO: Oficina Europea de Apoyo al Asilo.

ECOSOC: Comité Económico y Social.

ECRE: European Council on Refugees and Exiles.

EEAS: Servicio Europeo de Acción Exterior.

EI-LGBTI: Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

ELSJ: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

FIDH: Federación Internacional de Derechos Humanos.

FRA: Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

GEFC: Guardia Europea de Fronteras y Costas.

HCA: Helsinki Citizens' Assembly.

HHC: Hungarian Helsinki Committee.

HRW: Human Rights Watch.

IARLJ: International Association of Refugee Law Judges.

ICJ: Comisión Internacional de Juristas.

ILGA: Asociación Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersex.

IPO: Información del país de origen.

LFIP: Ley de Extranjería y Protección Internacional (Turquía).

LGBTI: Lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales.

OIM: Organización Internacional de las Migraciones.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONG: Organización No Gubernamental.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

ONUDD: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

ONUSIDA: Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida.

ORAM: Organization for Refuge, Asylum and Migration.

PACE: Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

PE: Parlamento Europeo.

PESC: Política Exterior y de Seguridad Común.

PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

SAR: “search and rescue”, operaciones de Salvamento y Rescate marítimos.

SCEP: Separated Children in Europe Program.

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo.

SPT: Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

SubComDH: Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TEPT: Trastorno de Estrés Postraumático.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TGEU: Transgender Europe.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UNICEF: Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.

INTRODUCCIÓN

“Today, I want to talk about the work we have left to do to protect one group of people whose human rights are still denied in too many parts of the world today. In many ways, they are an invisible minority. They are arrested, beaten, terrorized, even executed. Many are treated with contempt and violence by their fellow citizens while authorities empowered to protect them look the other way or, too often, even join in the abuse. They are denied opportunities to work and learn, driven from their homes and countries, and forced to suppress or deny who they are to protect themselves from harm.

I am talking about gay, lesbian, bisexual, and transgender people, human beings born free and given bestowed equality and dignity, who have a right to claim that which is now one of the remaining human rights challenges of our time.”¹

El discurso que la entonces Secretaria de Estado de los Estados Unidos Hillary Clinton pronunció en el Palacio de las Naciones de Ginebra en conmemoración del Día Internacional de los Derechos Humanos constata varias realidades. La primera de ellas, que las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI²) se enfrentan en todo el mundo a situaciones de violencia, discriminación y negación sistemática de sus derechos humanos. La segunda, que dichas situaciones se producen a pesar de que las personas LGBTI merecen el mismo reconocimiento de su libertad, igualdad y dignidad que el resto de seres humanos. La tercera, que, con demasiada frecuencia, no lo obtienen ni de sus Estados ni de la comunidad internacional.

Desde su génesis, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reflejado la preocupación por proteger a las personas que se encuentran más expuestas a la violencia y la discriminación. Sin embargo, su desarrollo posterior a la Segunda Guerra Mundial ignoraron a las personas LGBTI. El reconocimiento de estas personas como

¹ CLINTON, H.R., *Secretary of State Clinton Human Rights Day Speech – Free and Equal in Dignity and Rights*, Ginebra, 6 de diciembre de 2011, disponible en <https://geneva.usmission.gov/2011/12/06/free-and-equal/>.

² Como se explicará en el Capítulo 1, a pesar de que las categorías identitarias que conforman el grupo LGBTI en sentido estricto pueden resultar demasiado limitadas y excluir otras identidades no normativas, el acrónimo LGBTI se utilizará en este trabajo con un espíritu inclusivo basado en el respeto a la autodeterminación de la propia identidad.

sujetos de derechos humanos ha avanzado de manera lenta pero inexorable. Buen ejemplo de ello es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, cuyo articulado no menciona a este colectivo pero que, gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha acabado por incluirlo en su ámbito protector.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 refleja la misma tendencia. Así, la definición de refugiado ha evolucionado hasta abarcar a personas con toda probabilidad muy diferentes de las que sus redactores habían concebido al elaborar la Convención. Desde los años 80, las personas LGBTI solicitantes de asilo han accedido paulatinamente al estatuto de refugiado. No se trata de una conquista menor. Con demasiada frecuencia, la violencia sufrida por estas personas se perpetra ante la impasividad de sus Estados, cuando no son sus agentes los que la ejercen directamente. Ante esta situación, muchas personas LGBTI se ven obligadas a huir de sus países de origen en busca de la protección que sus Estados no pueden o no quieren proporcionarles.

Un buen número de ellas escapan hacia los Estados europeos, cuyas sociedades se presentan ante el mundo como los más sólidos baluartes de los derechos humanos de las personas LGBTI. Sin embargo, se encuentran actualmente inmersos en una lógica esencialmente securitaria en la que los refugiados y los migrantes irregulares -y, especialmente, los refugiados que acceden a Europa de manera irregular- son vistos y tratados como una amenaza para la seguridad, la estabilidad y el “modo de vida europeo”. Como consecuencia, la normativa reguladora del asilo y de los procedimientos para acceder a él se ha desarrollado en una dirección cada vez más represiva. La crisis del Sistema Europeo Común de Asilo producida tras la llegada en grandes números de solicitantes de asilo tras el colapso de Estados como Libia o Siria ha contribuido a generar un “nuevo normal” en el que la restricción de los derechos de los refugiados no sólo es válida y posible, sino deseable³. En este trabajo, nos preguntaremos cómo afecta esta deriva a los solicitantes de asilo LGBTI.

La metodología que emplearemos con este fin será el análisis crítico de los principales instrumentos normativos del Sistema Europeo Común de Asilo en el marco

³ DAUVERGNE, C., *The new politics of immigration and the end of settler societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 39-61.

de la Agenda Europea de Migración, el programa que ha marcado las políticas de migración, asilo y control de fronteras de la Unión Europea entre 2015 y 2019. Este análisis se basará en tres pilares o enfoques.

En primer lugar, un enfoque basado en los derechos humanos, pues éstos forman el marco referencial en el que debe situarse cualquier estudio en el área del Derecho Internacional de los Refugiados⁴. La interpretación de la definición de refugiado a través del prisma de los derechos humanos ha permitido ampliar la aplicación de la Convención de Ginebra a otros grupos al motivar la evolución del Derecho Internacional de los Refugiados a rebufo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Buena prueba de ello es la coincidencia en el tiempo de los principales avances en materia de derechos humanos de las personas LGBTI con las primeras decisiones que reconocieron el estatuto de refugiado a personas LGBTI en los años 80 del siglo XX.

En segundo lugar, un enfoque de género. Esta perspectiva resulta fundamental por cuanto la violencia sufrida por las personas LGBTI en todo el mundo viene motivada por el desafío que su mera existencia supone para las reglas de género que rigen en sus sociedades. Esta circunstancia condiciona la experiencia de los solicitantes de asilo en todo momento: con carácter previo a abandonar su país de origen, durante la huida y en la acogida en el país de asilo. De manera especialmente relevante, les afecta en tanto que sujetos de derechos humanos ya que éstos son elaborados sobre los pilares de la heteronormatividad, es decir, sobre la creencia de que tan sólo existen dos géneros, que el género refleja las características sexuales de la persona y que únicamente la atracción exclusiva entre ambos géneros “opuestos” es aceptable⁵.

Por tanto, nuestro enfoque de género debe partir necesariamente de los postulados de la crítica queer como “modo de contemplar, analizar y problematizar”⁶ el Derecho. A pesar de su apariencia, las reglas sociales del género y la sexualidad no son neutrales, sino que se trata de constructos culturales a través de los cuales se solidifica la

⁴ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; FOSTER, M., *International Refugee Law and socio-economic rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁵ SCHILT, K.; WESTBROOK, L., “Doing gender, doing heteronormativity: ‘gender normals’, transgender people, and the social maintenance of heterosexuality”, *Gender & Society*, Vol. 23-4, 2009, p. 441.

⁶ BEGER, N.J., “Queer readings of Europe: Gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice”, *Social & Legal Studies*, Vol. 9-2, 2000, p. 266.

heteronormatividad. En este sentido, cuestionar la visión del género y la sexualidad dominantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y el Derecho Internacional de los Refugiados en particular es necesario para avanzar en el respeto a la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas LGBTI⁷. Por esta razón, evaluaremos de qué manera normas aparentemente neutrales al género y la sexualidad (como la propia definición de refugiado o los instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo) afectan a las personas LGBTI de manera especial. Parafraseando a Judith Butler, sólo así podría estructurarse a las personas LGBTI “en los discursos que determinan la vida cultural inteligible”⁸, como es el Derecho.

No obstante, nuestro análisis crítico no quedaría completo sin un enfoque interseccional⁹. Las personas LGBTI solicitantes de asilo reúnen en un mismo ser, entre otras, dos categorías que interactúan entre sí: la de personas LGBTI y la de solicitantes de asilo. Esta multiplicidad de características sitúa a los Estados de acogida - particularmente, los occidentales- en una constante tensión¹⁰. De un lado, los sistemas de protección internacional han evolucionado hacia una cada vez mayor restricción de los derechos de los refugiados, coherentemente con su representación del solicitante de asilo -habitualmente no europeo- como una amenaza. Del lado opuesto, su autoproclamada posición como vanguardia y defensa de los derechos humanos de las personas LGBTI. Esta tensión entre dos valores contradictorios dificulta la protección de este colectivo de solicitantes de asilo, creando obstáculos para que su solicitud sea considerada creíble o para que se valoren correctamente las circunstancias de la persecución que alegan.

Para realizar nuestro análisis nos apoyaremos en una pluralidad de fuentes muy diversas. Partiremos de las fuentes normativas, especialmente de la definición de refugiado contenida en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los principales instrumentos de Derecho originario del Sistema Europeo Común de Asilo (en concreto, las Directivas

⁷ MORGAN, W., “Queering International Human Rights Law”, en STYCHIN, C.; HERMAN, D., *Law and Sexuality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000, pp. 208-225.

⁸ BUTLER, J., *El género en disputa*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 288.

⁹ CRENSHAW, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989-1, 1989, pp. 139-167.

¹⁰ SPIJKERBOER, T., “Gender, sexuality, asylum and European human rights”, *Law Critique*, Vol. 29, 2018, pp. 221-239.

de reconocimiento, procedimientos y acogida). Si bien la metodología escogida en este trabajo no es la del estudio jurisprudencial, evaluaremos cómo estos instrumentos son aplicados apoyándonos en decisiones y sentencias adoptadas tanto a nivel nacional como internacional. Prestaremos una especial atención a las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en tanto que principales garantes de los derechos humanos a nivel regional en Europa.

Nos serviremos también de numerosas fuentes académicas, deteniéndonos a exponer las diferentes opiniones doctrinales sobre cuestiones específicas cuando proceda. Siendo esta tesis un trabajo producido en el marco académico del Derecho Internacional Público, la mayor parte de la bibliografía procederá también de esta área. Sin embargo, la particular naturaleza de las cuestiones que conforman nuestro objeto de estudio nos llevará a aprovechar los conocimientos propios de otras áreas de conocimiento, como la Sociología, la Filosofía, la Medicina o la Psicología.

Para completar nuestro análisis crítico, contaremos asimismo con un gran número de fuentes documentales, entre las que destacarán las recomendaciones y directrices elaboradas por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y otras agencias y organismos de Naciones Unidas, los documentos programáticos de la Comisión Europea o las directrices de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y la Agencia Europea de Derechos Fundamentales. Además, recurriremos a documentos producidos por las principales Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a los derechos humanos para contrastar la situación jurídica con la realidad fáctica de los solicitantes de asilo LGBTI.

La tesis se estructura en cuatro capítulos. En primer lugar, estudiaremos a lo largo de los dos primeros capítulos la consideración de la persona LGBTI como sujeto de derechos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados. Posteriormente, y en aras de reflejar nuestro enfoque interseccional, examinaremos la situación de los solicitantes de asilo en la Unión Europea tras la (mal) llamada “crisis de refugiados” surgida tras los sucesos de la Primavera Árabe. Finalmente, analizaremos el régimen protector contenido en las Directivas de reconocimiento, procedimientos y acogida como garante de los derechos de los solicitantes de asilo LGBTI en la Unión Europea.

Así, en el Capítulo 1 se expondrán los principales hitos del proceso a través del cual las personas LGBTI pasaron de ser un grupo desposeído de derechos cuya criminalización

estaba permitida a verdaderos sujetos de derechos humanos. Se trata de una historia contada en tres grandes actos: las primeras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos favorables a los derechos humanos de este colectivo, cuyo impacto e influencia hicieron de ellas un verdadero motor de cambio; el impulso por parte de la sociedad civil cristalizado en los Principios de Yogyakarta, fundamentales para extender la universalidad de los derechos humanos a las personas LGBTI; y la inclusión de este colectivo en la agenda de derechos humanos de las Naciones Unidas, el culmen de una lucha que, sin embargo, no cesa. El capítulo finaliza con un breve análisis de la situación actual, marcada por una profunda división entre los Estados más hostiles a este colectivo, donde la criminalización de sus orientaciones sexuales y sus identidades o expresiones de género favorece un contexto de opresión y violencia; y los más implicados con la protección a este colectivo, en los que en los últimos años avanza de manera inexorable la prohibición de su discriminación y el reconocimiento a modelos alternativos de familia que supone el matrimonio igualitario y la adopción por parejas del mismo género.

No obstante, este trabajo pretende centrar su atención en las personas LGBTI procedentes de esos Estados más adversos para su existencia. Así, el Capítulo 2 se fijará en la persona LGBTI en tanto que refugiada. Para ello, estudiaremos la aplicación de la definición de refugiado contenida en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 a este grupo de refugiados. En concreto, centraremos nuestra atención en los problemas a los que se enfrentan derivados de su posición como personas ajenas a la heteronormatividad -y, por tanto, a la normalidad jurídica-. Por ejemplo, la toma de decisiones sobre su credibilidad basadas en estereotipos y prejuicios, las dificultades para valorar la persecución producida en el ámbito privado o la expectativa de que pueden reprimir elementos fundamentales de su personalidad para evitar la persecución.

El Capítulo 3 expone una dimensión esencial para analizar de manera interseccional la situación de las personas LGBTI solicitantes de asilo: la del grupo más amplio de los solicitantes de asilo en la Unión Europea en los últimos años a raíz de la Agenda Europea de Migración. Cualquier restricción de los derechos de los solicitantes de asilo afecta a los solicitantes LGBTI, máxime cuando éstos se encuentran en los márgenes del debate político. Al ignorarse sus necesidades específicas en favor de una visión eminentemente securitaria del asilo, la migración y el control de fronteras no sólo se imposibilita avanzar en la solución de sus problemas, sino que éstos pueden potencialmente verse agravados.

La cooperación con Estados no seguros para este colectivo como Turquía o Libia o la ausencia de una perspectiva preocupada por las personas LGBTI -un enfoque queer- al diseñar la política de visados, el espacio Schengen o los mecanismos de reubicación de emergencia, son ejemplos de ello.

Finalmente, el Capítulo 4 se ocupa de analizar desde nuestro enfoque basado en los derechos humanos, la crítica queer y la interseccionalidad los tres instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo que, en mayor o menor medida, reflejan una preocupación más evidente por las necesidades de los solicitantes de asilo LGBTI: las Directivas de reconocimiento, procedimientos y acogida. Con carácter previo, expondremos las razones por las que, a nuestro juicio, la Carta de Derechos Fundamentales obliga a tener en cuenta las cuestiones de género y orientación sexual en el desarrollo de todas las políticas y normas de la Unión. Aplicando este principio, estudiaremos en qué medida las citadas directivas resuelven (o no) los problemas que se han identificado en relación con los solicitantes de asilo LGBTI. Finalmente, evaluaremos hasta qué punto la visión securitaria de la inmigración y el asilo ha permeado a las propuestas de reforma que se han planteado en los últimos años.

Esta estructura permite estudiar en profundidad la situación de los solicitantes de asilo LGBTI desde los tres enfoques que planteamos en nuestra metodología. Así, en el Capítulo 1 contextualizamos los derechos de las personas LGBTI en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estudiando a este colectivo en tanto que sujeto de derechos humanos. En los Capítulos 2 y 3, analizamos la situación de los derechos humanos de los refugiados LGBTI, atendiendo tanto a los problemas derivados de su posición ajena a la heteronormatividad dominante en el Derecho Internacional de los Refugiados (aplicando, por tanto, una perspectiva crítica queer) como a aquellos a los que se enfrentan en el ámbito específico de la Unión Europea en un contexto generalizado de restricción de los derechos de los solicitantes de asilo (lo que implica tener en cuenta un enfoque interseccional). Finalmente, en el Capítulo 4 sintetizamos estos enfoques aplicándolos de manera simultánea al examinar concretamente la situación de los solicitantes de asilo LGBTI en el Sistema Europeo Común de Asilo.

Al término de este trabajo se incluyen las conclusiones generales de nuestra investigación, además de una relación con todas las fuentes bibliográficas y documentales utilizadas, así como un índice jurisprudencial.

INTRODUCTION

“Today, I want to talk about the work we have left to do to protect one group of people whose human rights are still denied in too many parts of the world today. In many ways, they are an invisible minority. They are arrested, beaten, terrorized, even executed. Many are treated with contempt and violence by their fellow citizens while authorities empowered to protect them look the other way or, too often, even join in the abuse. They are denied opportunities to work and learn, driven from their homes and countries, and forced to suppress or deny who they are to protect themselves from harm.

I am talking about gay, lesbian, bisexual, and transgender people, human beings born free and given bestowed equality and dignity, who have a right to claim that which is now one of the remaining human rights challenges of our time.”¹

This speech, delivered by the then US Secretary of State Hillary Clinton at the Palais des Nations in commemoration of the International Human Rights Day, underscores several realities. First, that lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI²) people around the world face situations of violence, discrimination and systematic denial of their human rights. Second, that such situations arise even though LGBTI people are entitled to the same level of recognition of their freedom, equality and dignity as all other human beings. Third, that, too often, they do not receive it either from their States or from the international community.

Since its inception, International Human Rights Law has been concerned with protecting those most exposed to violence and discrimination. However, their development in the aftermath of World War II largely ignored LGBTI people. The acknowledgment of this group as subjects of human rights has since then progressed slowly but inexorably. A good example of this is the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Although its provisions do not

¹ CLINTON, H.R., *Secretary of State Clinton Human Rights Day Speech – Free and Equal in Dignity and Rights*, Ginebra, 6 December 2011, available at <https://geneva.usmission.gov/2011/12/06/free-and-equal/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

² As explained in Chapter 1, although the identity categories that conform the LGBTI group in a narrow sense may be too limited and may exclude other non-normative identities, the LGBTI acronym will be used in this work in an inclusive spirit based on the respect for self-determination of one's own identity.

mention LGBTI people, it has eventually included them in its scope thanks to the case-law of the Court of Strasbourg.

The same tendency is echoed in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees. As a result, the refugee definition has evolved to accommodate persons who are very different to the people that its drafters had in mind. Since the 1980s, LGBTI asylum-seekers have gradually acceded to refugee status. This is no small achievement. All too often, the violence suffered by this group is perpetrated while their national authorities remain impassive or even participate in the oppression. Against this backdrop, many LGBTI people are forced to flee their countries of origin seeking the protection their States cannot or refuse to provide.

A sizeable number of them escape to the European States, whose societies portray themselves to the outside world as the strongest bulwarks of the LGBTI. However, European States are currently caught up in a primarily securitarian logic that sees refugees and irregular migrants as threats to their security, the stability and the "European way of life". As a result, regulations governing asylum status and procedures have been developing in an increasingly repressive way. The crisis of the Common European Asylum System that followed the arrival of large numbers of asylum seekers has led to a "new normal"³ in which the limitation of the rights of asylum seekers is not only legitimate and possible, but also desirable. In this thesis, we will examine how this approach to migration affects LGBTI asylum seekers.

To this end, we will engage in a critical analysis of the main legislative and policy-making instruments of the Common European Asylum System within the framework of the European Agenda on Migration, the blueprint for the European Union's migration, asylum and border control policies since 2015. Such analysis will be founded on three pillars or approaches.

First, a human rights-based approach, as human rights conform the frame of reference within which any study in the area of international refugee law should be developed⁴. Interpreting the definition of refugee through the lens of human rights has

³ DAUVERGNE, C., *The new politics of immigration and the end of settler societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 39-61.

⁴ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; FOSTER, M., *International Refugee Law and socio-economic rights*, Cambridge University Press,

expanded the application of the Geneva Convention to other groups by stimulating the evolution of International Refugee Law alongside that of the International Human Rights Law. A good example of this is the coincidence in time between the first major achievements concerning the human rights of the LGBTI people and the first decisions recognizing refugee status to LGBTI individuals in the 1980s.

Second, a gender-sensitive approach. Such a perspective is crucial as the violence suffered by LGBTI people around the world is rooted in their non-compliance with their societies' gender rules and regulations. This circumstance determines their experiences of asylum at all stages: prior to leaving their country of origin, during their flight and in the host country. It especially affects them as human rights subjects because International Human Rights Law is constructed over the pillars of heteronormativity, *i.e.*, over the beliefs that there are only two genders, that gender reflects the person's sexual characteristics and that only exclusive attraction between the two "opposing" genders is natural⁵.

Therefore, our gender approach must be based on the postulates of queer critique as a "mode of reading, analyzing and problematizing"⁶ Law. Social rules of gender and sexuality are not neutral, but rather cultural constructs that strengthen heteronormativity. Questioning the dominant paradigms of gender and sexuality in International Human Rights Law and International Refugee Law is needed in order to advance respect for the freedom, equality and dignity of LGBTI people⁷. To this end, we will examine how seemingly gender- and sexuality-neutral provisions (like the definition of refugee or most of the legislation of the Common European Asylum System) affect LGBTI people in specific ways. Paraphrasing Judith Butler⁸, this is the only way LGBTI people can be included "in the discourses that determine intelligible cultural life", such as the Law.

Cambridge, 2007; GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁵ SCHILT, K.; WESTBROOK, L., "Doing gender, doing heteronormativity: 'gender normals', transgender people, and the social maintenance of heterosexuality", *Gender & Society*, Vol. 23-4, 2009, p. 441.

⁶ BEGER, N.J., "Queer readings of Europe: Gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice", *Social & Legal Studies*, Vol. 9-2, 2000, p. 266.

⁷ MORGAN, W., "Queering International Human Rights Law", en STYCHIN, C.; HERMAN, D., *Law and Sexuality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000, pp. 208-225.

⁸ BUTLER, J., *El género en disputa*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 288.

However, our critical analysis would not be complete without an intersectional approach⁹. LGBTI asylum seekers merge two mutually interacting categories: LGBTI people and asylum seekers. This multi-faceted nature puts host States -particularly Western States- in constant tension¹⁰. On the one hand, international protection systems have evolved towards greater restrictions on the rights of refugees, in line with their representation of the asylum-seeker - usually non-European - as a threat. On the opposite side, Western States proclaim themselves as the vanguard and defense of the human rights of LGBTI people. Such tension between two conflicting values hampers the protection of this group of asylum seekers by raising barriers to the credibility of their applications or to the proper assessment of the persecution they invoke.

We will rely on a wide variety of sources for our analysis. The starting point will be the study of legislation, especially 1951 Geneva Convention and the 1967 New York Protocol, the European Convention on Human Rights and the legal main instruments of the Common European Asylum System (specifically, the Qualification, Asylum Procedures and Reception Conditions Directives). We will also evaluate how these instruments are applied by reviewing decisions and judgments adopted both at the national and international level, paying special attention to the case-law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice.

We will also refer to many academic sources. As this research has been elaborated within the academic framework of Public International Law, most of the bibliography will also come from this domain. However, the peculiar nature of our object of research will lead us to benefit from other areas of expertise, such as Sociology, Philosophy, Medicine or Psychology.

To complete our critical analysis, we will also rely on a number of documents, most notably the recommendations and guidelines drawn up by the United Nations High Commissioner for Refugees and other UN agencies and bodies, the programmatic documents of the European Commission or the guidelines of the European Asylum

⁹ CRENSHAW, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989-1, 1989, pp. 139-167.

¹⁰ SPIJKERBOER, T., “Gender, sexuality, asylum and European human rights”, *Law Critique*, Vol. 29, 2018, pp. 221-239.

Support Office and the European Union Agency for Fundamental Rights. Additionally, we will refer to documents produced by leading NGOs to compare the legal situation of LGBTI asylum seekers with their factual reality.

Thus, the thesis is divided in four chapters. The first two will study the consideration of the LGBTI person as a subject of rights both in International Human Rights Law and International Refugee Law. Subsequently, and in order to better express our intersectional approach, we will examine the situation of asylum seekers in the European Union following the (misnamed) "refugee crisis" that arose after the events of the Arab Spring. Finally, we will assess the protective regime contained in the Recognition, Procedures and Reception Directives to evaluate how effectively they guarantee the rights of LGBTI asylum seekers in the European Union.

Chapter 1 will outline the key milestones in the journey of the LGBTI people to be recognized as subjects of human rights. This is a story told in three major acts: the first rulings of the European Court of Human Rights which provided a favorable outcome to this group; the impulse given by the civil society, which crystallized in the Yogyakarta Principles; and the inclusion of LGBTI people in the human rights agenda of the United Nations, the culmination of a fight that has not ceased yet. The chapter ends with an assessment of the current situation of LGBTI people in the world, marked by a sharp divide between those States most hostile to this group, where criminalization fosters an oppressive and violent climate, and those most involved in their protection, where a seemingly unstoppable progress has been set in motion.

However, this essay seeks to highlight the situation of LGBTI people from those states most opposed to their existence. Thus, Chapter 2 will focus on the LGBTI person as a refugee. To this end, we will review the application of the refugee definition contained to this group of asylum seekers. Specifically, we will focus our attention on the problems they face as a result of their position as people outside of heteronormativity - and, therefore, outside legal normality.

Chapter 3 sets out a critical dimension for intersectional analysis of the situation of LGBTI asylum seekers: the situation of asylum seekers in the European Union in recent years as a result of the European Migration Agenda. Any restriction of the rights of asylum seekers potentially has an impact on LGBTI asylum seekers, especially when they are on the margins of political debate. Ignoring their specific needs in favor of an eminently secure vision of asylum, migration and border control can potentially aggravate

their problems. Examples of this are the cooperation with States which are completely unsafe for LGBTI people, such as Turkey or Libya, or the absence of a LGBTI perspective - a queer approach – in the construction of the common visa policy, the Schengen area or emergency relocation mechanisms.

Finally, Chapter 4 examines the three instruments of the Common European Asylum System which, to a greater or lesser extent, reflect a more visible concern for the needs of LGBTI asylum seekers: The Qualification, Asylum Procedures and Reception Conditions Directives. Beforehand, we will set out the reasons why, in our view, the Charter of Fundamental Rights requires gender and sexual orientation issues to be considered in the development of all Union policies and laws. Applying this principle, we will study whether those directives address the problems we have identified regarding LGBTI asylum seekers. Finally, we will evaluate how far the securitarian vision of immigration and asylum has permeated the reform proposals that have been put forward in recent years.

This structure allows for an in-depth study of the situation of LGBTI asylum seekers based on the three approaches outlined in our methodology. Thus, in Chapter 1 we contextualize the rights of LGBTI people within the framework of International Human Rights Law, examining this group as subjects of human rights. In Chapters 2 and 3, we look at the state of the human rights of LGBTI refugees, addressing both those issues arising from their position outside the dominant heteronormativity in International Refugee Law (thus applying a critical queer perspective) and those arising in the specific European Union context of a generalized context of restrictions on the rights of asylum seekers (thus requiring an intersectional approach). Finally, in Chapter 4 we synthesize these approaches by simultaneously applying them when analyzing the situation of LGBTI asylum seekers in the Common European Asylum System.

The general conclusions of our research are included at the end of this work, in addition to a list of all the sources we have employed, as well as a case-law index.

CAPÍTULO 1: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI COMO DERECHOS HUMANOS

La protección de las personas que se ven más expuestas a la violencia y la discriminación ha sido una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Así, los Estados del mundo han celebrado tratados en los que se obligan a salvaguardar los derechos de las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes o los refugiados¹. Sin embargo, existe otro colectivo particularmente vulnerable que no ha recibido la misma atención: el colectivo de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI). No obstante, la ausencia de un tratado que proteja específicamente a estas personas no significa que se encuentren desamparadas por el Derecho Internacional. Al contrario: los derechos fundamentales de las personas LGBTI están protegidos como verdaderos Derechos Humanos, y así lo han reconocido la jurisprudencia internacional y los principales organismos internacionales.

En el presente capítulo expondremos los principales hitos de este proceso, que culmina con el reconocimiento de las personas LGBTI como titulares de derechos humanos. Con este fin, en primer lugar, haremos unas precisiones terminológicas para delimitar claramente nuestro objeto de estudio. En segundo lugar, analizaremos la evolución jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, así como su influencia en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de varios casos especialmente significativos. En tercer lugar, examinaremos la respuesta del activismo LGBTI a la consideración de sus reivindicaciones como derechos humanos, centrándonos en los influyentes Principios de Yogyakarta. En cuarto lugar, expondremos el lento pero imparable avance de la protección de las personas LGBTI en el seno de Naciones Unidas. Finalmente, consideraremos la situación actual de este colectivo en el mundo para hacer un balance crítico del respeto a sus derechos humanos.

¹ Es decir, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, así como sus respectivos Protocolos en su caso.

1. TERMINOLOGÍA

A lo largo del presente trabajo se hará referencia a términos cuya definición resulta particularmente compleja desde un punto de vista jurídico. A pesar de que los esfuerzos para garantizar la protección frente a la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género han aumentado desde la década de los noventa², actualmente ningún instrumento legal internacional contiene una definición de estos conceptos. No obstante, existen documentos de gran autoridad en el ámbito del Derecho Internacional que ofrecen una explicación a la terminología que emplearemos.

Los Principios de Yogyakarta³ -cuyo contenido será desarrollado más adelante- reconocen⁴ por primera vez en el ámbito del Derecho Internacional Público una definición de “orientación sexual”, es decir:

“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”,

y de “identidad de género”, entendida como:

“la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Se ha demostrado que la orientación sexual se presenta en los seres humanos a lo largo de un espectro⁵, que incluye tanto la atracción exclusiva como no exclusiva hacia uno o más géneros. Sin embargo, es habitual distinguir entre heterosexualidad -la atracción hacia personas de género distinto al propio-, homosexualidad -hacia personas del mismo género- o bisexualidad -hacia personas de cualquier género-. Por un lado, en

² CHAN, P.C.W., “Protection of sexual minorities since Stonewall: their lives, struggles, sufferings, love, and hope”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2&3, 2009, pp. 129-141.

³ “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, versión en español disponible en <https://yogyakartaprinciples.org/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁴ Principios de Yogyakarta, p. 6.

⁵ American Psychological Association, *Sexual Orientation & Homosexuality*, disponible en <http://https://www.apa.org/topics/lgbt/orientation> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

lo que respecta a la homosexualidad, se suele distinguir entre lesbianas y gays, especialmente cuando se pretende hacer hincapié en las diferentes violaciones que unas y otros sufren en sus Derechos Humanos⁶. Por otro, es preciso destacar que las personas bisexuales no se sienten siempre atraídas por todos los géneros a la vez o de la misma forma.

En lo que respecta a la identidad de género, los Principios la conceptualizan como una característica universal y desvinculada de todo atributo físico o fisiológico⁷. De este modo, la mención al género como algo “asignado” hace referencia a la concepción de éste no como un hecho eminentemente biológico, sino como una construcción social atribuida a la persona al nacer⁸. Las personas cuya identidad de género no coincide con el género que les fue asignado al nacer son denominadas habitualmente como “transgénero” o “trans”; en caso de coincidencia, se suele hablar de persona “cisgénero”. Al tratarse la identidad de género de una noción completamente independiente de la orientación sexual, una persona transgénero puede identificarse como heterosexual, homosexual, bisexual o cualquier otro término que describa su atracción hacia otras personas.

Así, los Principios proponen dos definiciones intencionadamente⁹ amplias que han gozado de un gran recibimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el ámbito de Naciones Unidas -y de forma especialmente relevante para el tema central de este trabajo-, el ACNUR las recoge expresamente en sus Directrices sobre Protección Internacional Número 9¹⁰, referida a las solicitudes de estatus de refugiado basadas en la orientación sexual y/o la identidad de género, al igual que el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre VIH/Sida (ONUSIDA)¹¹. Una publicación de Naciones Unidas

⁶ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional núm. 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*, (en adelante, “Directrices Núm. 9”), 2012, §10.

⁷ OTTO, D., “Queering gender [identity] in International Law”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33-4, p. 312.

⁸ CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra, p. 30.

⁹ THORESON, R.R., “Queering Human Rights: the Yogyakarta Principles and the norm that dare not to speak its name”, *Journal of Human Rights*, Vol. 8-4, 2009, p. 326.

¹⁰ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §8.

¹¹ ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas de ONUSIDA*, 2015, pp. 30 y 36.

sobre discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de 2016¹² los define en unos términos más vagos pero, en esencia, idénticos¹³. A nivel regional, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁴ como el Consejo de Europa (CoE)¹⁵ se han apoyado en los Principios de Yogyakarta para formular ambos conceptos. También el Foro Asia Pacífico de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (APF) ha adoptado definiciones similares, con ciertas diferencias¹⁶. No obstante, y a pesar del uso extendido en la práctica de Derechos Humanos de estos términos tal y como son descritos en los Principios de Yogyakarta, se ha criticado que partir de estas definiciones de identidad de género y orientación sexual implica “solidificar” unas realidades que, en la práctica, son fluidas y variables, así como de imponer ideas propiamente occidentales de la sexualidad y el género humanos¹⁷.

Debe señalarse que el concepto de identidad de género hace referencia a otro que no se define en los Principios: la expresión de género. En 2017, los Principios de Yogyakarta fueron sometidos a un nuevo debate que culminó en una extensión de su contenido (“Yogyakarta+10”¹⁸) para, entre otros cambios, incluir dos nuevas definiciones de gran relevancia para nuestro estudio. En primer lugar, el mencionado concepto de expresión de género, que se refiere a:

“la presentación que cada persona hace de su género a través de la apariencia física -incluidos la vestimenta, el peinado, los accesorios o los cosméticos- y gestos, comportamientos, nombres y referencias personales (...) que pueden o no coincidir con su identidad de género”.

¹² ACNUDH, *Living free and equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, 2016.

¹³ *Ibid.* p. 18.

¹⁴ CIDH, *Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 2015, p. 31-32.

¹⁵ CoE, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011, p. 1290-132.

¹⁶ En concreto, define la identidad de género como el “sentimiento interno de una persona de ser hombre o mujer o un tercer género o un género alternativo, o una combinación de géneros” (traducción propia). Entendemos que coincide esencialmente con la definición de los Principios de Yogyakarta ya que ésta se refiere a la experiencia del género “tal y como cada persona la siente profundamente”. *Vid.* APF & PNUD, *Promoting and protecting Human Rights in relation to sexual orientation, gender identity and sex characteristics*, 2016, pp. 11-12.

¹⁷ SWIEBEL, J., “Lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: the search for an international strategy”, *Contemporary Politics*, Vol. 15-1, 2009, pp. 19-35.

¹⁸ The Yogyakarta Principles plus 10, septiembre de 2017, disponible en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

En segundo lugar, el otro concepto definido por primera vez en Yogyakarta+10 es el de “características sexuales” resulta de suma importancia para comprender qué es una persona intersexual, es decir:

“los rasgos físicos de una persona referidos a su sexo, incluidos los genitales y otros órganos sexuales y reproductivos, los cromosomas, las hormonas y las características físicas secundarias surgidas durante la pubertad”.

Esta definición resulta de suma importancia para comprender la realidad de las personas intersexuales, que son aquellas cuyas características sexuales no se corresponden con los estándares asociados a la dicotomía “hombre” o “mujer”¹⁹. A menudo, las personas intersexuales son sometidas a intervenciones irreversibles e innecesarias para reasignar su sexo o “normalizar” sus genitales sin su consentimiento con el fin de ajustarlos a los estereotipos sexuales binarios. Tales conductas pueden ser incluso constitutivas de tortura o malos tratos²⁰, de ahí el interés de estudiar su situación desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De lo anterior se extrae que el acrónimo LGBTI hace referencia a las personas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales. No obstante, coincidimos con los Principios de Yogyakarta en que “la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”²¹. Por tanto, entendemos que la propia identificación de la persona, con independencia de que coincida o no con los colectivos anteriormente descritos, debe ser el centro de cualquier consideración sobre su orientación sexual o identidad de género. Esta apreciación es muy relevante puesto que han sido documentados muchos otros términos para describir a personas de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales diversas en numerosas culturas²². Como ha señalado el Experto Independiente sobre la

¹⁹ AGIUS, S., “Human Rights and intersex people”, *Commissioner of Human Rights Issue Papers*, CoE, 2015, p. 13.

²⁰ SPT, *Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, documento CAT/C/57/4, 2016, §70; CDH, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, §50.

²¹ Principios de Yogyakarta, Principio 3, p. 12.

²² CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra, p. 28-29; NANDA, S., *Gender diversity: crosscultural variations*, Waveland Press, Long Grove, 2014; HAMZIC, V., “The case of queer Muslims: sexual

protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género:

“Los conceptos de identidad de género varían en gran medida en todo el mundo y, fruto de culturas y tradiciones establecidas desde hace mucho tiempo, en todas las regiones existe una amplia gama de identidades de género y expresiones de género. Algunos de los términos empleados son *hijra* (Bangladesh, India y Pakistán), *travesti* (Argentina y Brasil), *waria* (Indonesia), *okule* y *agule* (República Democrática del Congo y Uganda), *muxe* (México), *fa'afafine* (Samoa), *kathoey* (Tailandia) o “doble espíritu” (indígenas norteamericanos). Algunas de estas y otras identidades van más allá de los conceptos occidentales de la identidad de género, la expresión de género o la orientación sexual y, dependiendo del idioma, no siempre se emplean o se distinguen los términos “sexo”, “género”, “identidad de género” o “identidad sexual”.²³

No obstante, en este trabajo utilizaremos el acrónimo LGBTI para referirnos a todas estas realidades. Alternativamente, es posible que recurramos a las expresiones “sexualidades e identidades diversas” o “no normativas” -en contraposición a las “normativas” o “heteronormativas”²⁴- con el mismo fin.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH COMO MOTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI

Como desarrollaremos a lo largo de las próximas páginas, en la actualidad existe una tendencia consolidada a considerar los derechos de las personas LGBTI como Derechos Humanos. Sin embargo, se trata de un avance más bien reciente. La expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que siguió al final de la Segunda Guerra Mundial y a los horrores que se perpetraron en aquellos fatídicos años no tenía entre sus prioridades las cuestiones de género, mucho menos las relativas a la orientación sexual o la identidad de género²⁵. No obstante, dicha circunstancia no significa que la

orientation and gender identity in International Human Rights Law and Muslim legal and social ethos”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11-2, 2011, pp. 237-274.

²³ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, Documento A/73/152, de 12 de julio de 2018, (“Informe EI-LGBTI a la AG 2018”), §3. Énfasis en el original.

²⁴ Tomamos como referencia la definición dada a este término por McGill: “Heteronormativity is the collection of norms and assumptions based in heterosexuality that prescribe specific, complementary roles for men and women based on the presumed alignment between biological sex, social gender, sexual orientation and gender identity and expression” en MCGILL, J., “SOGI...So what? Sexual orientation, gender identity and Human Rights discourse at the United Nations”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3-1, 2014, p. 9.

²⁵ ALTMAN, D., *Global Sex*, Chicago University Press, Chicago, 2001, p. 122; CHAN, P.C.W., “Protection of sexual minorities since Stonewall...”, cit. supra, p. 129.

situación legal de las personas LGBTI fuera la misma que con anterioridad o durante el conflicto, ni mucho menos que fuera igual a lo largo del mundo. Al contrario, las “actividades homosexuales” ya habían sido eliminadas de los Códigos Penales de ciertos países europeos mucho antes, especialmente en aquellos Estados influidos por la tradición codificadora napoleónica -siendo Francia el primer Estado en despenalizarla-, tales como Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Turquía o España²⁶. Aunque en la mayoría de los casos la despenalización no fue completa o, incluso, acabó revirtiéndose -como es el caso de la Unión Soviética, donde la homosexualidad dejó de ser castigada en 1917 para volver a criminalizarla en 1934²⁷-, suponen un valioso precedente para las décadas posteriores.

Habitualmente se toman como punto de partida de los movimientos LGBTI en el mundo occidental los disturbios ocurridos en Nueva York en los alrededores del bar *Stonewall*. El *Stonewall*, al igual que la mayoría de los bares frecuentados por personas LGBTI en los Estados Unidos de la época, solía ser objeto de redadas de la policía con el fin de intimidar a la clientela²⁸. La de la madrugada 28 de junio de 1969, sin embargo, no acabó como otra más: en algún momento, alguien lanzó un ladrillo o una piedra que sería el primero de muchos otros²⁹. En el contexto de los años 60, con el movimiento *hippie* y las movilizaciones contra la guerra de Vietnam y por los derechos civiles marcando la política y la historia de Estados Unidos -y, por ende, del mundo occidental- una pequeña muestra de insurgencia ante una situación injusta pero local, acabó inspirando a los miembros de varios grupos oprimidos -las personas LGBTI- a organizarse políticamente de una manera más intensa y pública³⁰ a través de organizaciones como el Frente de Liberación Gay o la Alianza de Activistas Gais. Sin embargo, este nuevo impulso a la liberación sexual y de género no se centraba todavía en

²⁶ WAALDIJK, K., “Civil developments: patterns of reform in the legal position of same-sex partners in Europe”, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 17-1, 2000, p. 68; SANDERS, D., “Getting lesbian and gay issues on the International Human Rights agenda”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, 1996, p. 70.

²⁷ *Ibid.*, p. 70.

²⁸ FRANK, W., *Law and the Gay Rights Story: The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, Rutgers University Press, Piscataway, 2014, p. 32.

²⁹ Para un relato histórico de los hechos ocurridos en Stonewall, *vid.* CARTER, D., *Stonewall: the riots that sparked the gay revolution*, St. Martin’s Press, Nueva York, 2004.

³⁰ FRANK, W., *Law and the gay rights...*, *cit. supra*, p. 37.

los derechos de las personas LGBTI en tanto que seres humanos, sino que construía su discurso en torno únicamente a las ideas de igualdad y no discriminación³¹.

El salto cualitativo de “derechos de las personas LGBTI” a “Derechos Humanos de las personas LGBTI” se produjo, paradójicamente, en pleno apogeo del neoconservadurismo y la crisis del SIDA de los años 80, cuando las minorías sexuales eran utilizadas como chivo expiatorio de los miedos de la clase media³². En concreto, en el seno del Consejo de Europa, cuyo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fue el primer tribunal internacional en tratar a las personas LGBTI como sujetos de derechos humanos. Previamente a esta jurisprudencia pionera en el mundo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya se había manifestado a favor de los derechos de este colectivo en dos actos adoptados el 1 de octubre de 1981.

En primer lugar, la Resolución 756, llamada “Discriminación contra los homosexuales”³³, que denunciaba discriminación sufrida por las personas homosexuales como consecuencia de las teorías que consideran su orientación sexual una enfermedad. Tras mostrar su convencimiento de que dichas teorías carecen de toda base científica y pueden tener efectos muy graves en las personas homosexuales, hace un llamamiento a la Organización Mundial de la Salud para que dejara de considerar la homosexualidad una enfermedad. A pesar de tratarse de una resolución fundamental, no deja de reflejar ciertas actitudes propias de la época en que fue adoptada. Así, reconoce el derecho de todos los individuos a la “autonomía sexual” siempre y cuando “hayan alcanzado la mayoría de edad legal” de acuerdo con la legislación nacional de su Estado. Una idea que puede implicar la exclusión de las personas LGBTI menores de edad de la protección de sus derechos humanos.

En segundo lugar, la Recomendación 924³⁴, también titulada “Discriminación contra los homosexuales”. En ella, la Asamblea pedía al Comité de Ministros que urgiera a los Estados Miembros a abolir todas las normas y prácticas que castigasen las prácticas sexuales entre personas del mismo género, a aplicar la misma edad mínima para consentir

³¹ KOLLMAN, K.; WAITES, M., “The global politics of lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: an introduction”, *Contemporary Politics*, Vol. 15-1, 2009, p. 2.

³² CHAN, P.C.W., “Protection of sexual minorities since Stonewall...”, cit. supra, p. 130.

³³ PACE, *Discrimination against homosexuals*, Resolución 756 (1981), de 1 de octubre de 1981.

³⁴ PACE, *Discrimination against homosexuals*, Recomendación 924 (1981), de 1 de octubre de 1981.

tanto a homosexuales como a heterosexuales y a terminar con ciertas prácticas gravemente discriminatorias, tales como la llevanza de registros de personas homosexuales o la práctica de intervenciones médicas forzosas para alterar la orientación sexual, entre otras medidas progresistas encaminadas a evitar la discriminación por razón de la orientación sexual.

Ambos actos -y, en particular, la Recomendación- pusieron de manifiesto lo anacrónicas que eran ya en los años 80 las normas que criminalizaban las relaciones sexuales entre personas adultas del mismo género en Europa. Sin embargo, todavía algunos Estados del Consejo de Europea las incluían en sus legislaciones penales. Una cuestión sobre la que el Tribunal de Estrasburgo se pronunciaría con firmeza poco después. En concreto, en su sentencia sobre el caso *Dudgeon contra Reino Unido*³⁵, la primera decisión de un tribunal internacional que declaró la criminalización de la homosexualidad como un acto contrario a los Derechos Humanos, en concreto al derecho la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.1. Primera jurisprudencia del TEDH en materia de orientación sexual: el caso *Dudgeon* y su impacto.

*2.1.1. La criminalización de la orientación sexual como vulneración de los Derechos Humanos: el caso *Dudgeon*.*

Jeffrey Dudgeon, un hombre homosexual residente en Belfast, denunció que las normas penales vigentes en Irlanda del Norte suponían una vulneración de su derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH y una forma de discriminación prohibida por el artículo 14 al tipificar como delitos ciertas actividades sexuales realizadas consensualmente entre hombres adultos. En particular, dos leyes de finales del siglo XIX y el *common law* tenían previstas penas privativas de libertad para cualquier acto sexual entre hombres, incluyendo la cadena perpetua en ciertos casos³⁶. Si bien estas normas rara vez eran aplicadas para los actos sexuales consensuados entre dos hombres de más de 21 años³⁷, lo cierto es que el Sr. Dudgeon había sido detenido tras un registro en su vivienda

³⁵ *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, Series A Núm. 45 (“Dudgeon”).

³⁶ *Dudgeon*, §14.

³⁷ *Ibid.*, §29-30.

en el que la policía se había incautado de documentos personales que contenían detalles de su vida sexual. Tras ser sometido a cuatro horas y media de interrogatorio sobre el contenido de dichos documentos, el Sr. Dudgeon fue liberado sin cargos³⁸. Sin embargo, denunció a las autoridades irlandesas no sólo por dicha actuación policial, sino también por mantener en vigor leyes que castigaban la homosexualidad. A su juicio, la mera existencia de normas que penalicen su vida sexual suponía una intrusión injustificada en su vida privada que le generaba un estado de ansiedad y sufrimiento constantes, además de miedo a sufrir acoso o chantaje³⁹.

Para el TEDH, las leyes penales norirlandesas interferían claramente con la vida privada del denunciante, por lo que procedía analizar si dicha intromisión era o no justificada⁴⁰. Según el artículo 8 CEDH, una interferencia de las autoridades en la vida privada de una persona podrá estar justificada y, por tanto, no suponer una violación del artículo 8 si cumple tres requisitos: ser adoptada de acuerdo con la ley vigente -requisito que no se discutió en este caso-, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. En lo que respecta al segundo de estos requisitos, según el Gobierno británico, la legislación impugnada -aprobada a finales del siglo XIX- tenía como objetivo proteger la moralidad de la sociedad y, en particular, la de los niños. Para el tribunal, proteger a miembros vulnerables -como los niños- de la sociedad de las consecuencias que acarrearán las prácticas homosexuales se trataba de un fin legítimo en sí mismo⁴¹.

Por tanto, quedaba por dilucidar la cuestión de si la criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre hombres adultos es necesaria en una sociedad democrática. para lo cual debe existir una urgente necesidad social de salvaguardar los fines que se persiguen. Resulta curioso comprobar cómo, a pesar de tratarse de una decisión pionera y de enorme importancia para los Derechos Humanos de las personas LGBTI, la Sentencia sobre el caso *Dudgeon* no deja de ser hija de su tiempo, pues el TEDH llega a afirmar que:

“no puede negarse que un cierto grado de regulación sobre la conducta homosexual masculina, al igual que otras conductas sexuales, a través de la legislación criminal puede ser justificada

³⁸ *Ibid.*, §32-33.

³⁹ *Ibid.*, §37.

⁴⁰ *Ibid.*, §41.

⁴¹ *Ibid.*, §49.

como necesaria en una sociedad democrática (...) para establecer suficientes garantías frente a la explotación y la corrupción de otros, especialmente los más vulnerables”⁴²

No obstante, el tribunal concluyó que, dado que en un gran número de Estados Miembros del Consejo de Europa las prácticas sexuales castigadas por la ley de Irlanda del Norte no eran perseguidas, y que ni siquiera en Irlanda del Norte se aplicaban regularmente, no podía afirmarse con rotundidad que existiera dicha necesidad social urgente⁴³. Por tanto, suponen una interferencia injustificada en la vida privada de las personas que vulnera el artículo 8 CEDH⁴⁴.

2.1.2. Consolidación de la doctrina *Dudgeon*: los casos *Norris* y *Modinos*.

La jurisprudencia iniciada en *Dudgeon* se consolidó gracias a otras dos sentencias de gran interés. En 1988, el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre las mismas leyes decimonónicas que habían constituido el objeto central de *Dudgeon*, pero esta vez con respecto a su aplicación en la República de Irlanda. En *Norris contra Irlanda*⁴⁵, el señor David Norris, activista por los derechos de los homosexuales y senador del Parlamento Irlandés, denunció que la mera vigencia de normas que criminalizaban ciertas prácticas sexuales consentidas entre hombres adultos afectaba a su derecho a la intimidad previsto en el artículo 8 CEDH. Argüía que esta situación legal le había causado depresión y ansiedad durante décadas, y que incluso había sufrido amenazas e insultos que atribuía, al menos en parte, a la criminalización de su orientación sexual (§10).

Se trataría, *a priori*, de un caso esencialmente idéntico en los hechos a *Dudgeon* - que fue alegado como antecedente por el Sr. Norris en el procedimiento principal (§23)-, con una diferencia que sería alegada por el Gobierno irlandés: las leyes criminalizadoras nunca fueron aplicadas ni se procedió con actuación alguna en virtud de éstas contra el

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, §60.

⁴⁴ Aunque también se planteó en la denuncia, el TEDH no consideró necesario analizar si existía una vulneración del artículo 14 por entender que, en esencia, la vulneración del artículo 8 “absorbió” la del 14, lo que hacía innecesario un pronunciamiento distinto. No obstante, la denuncia originalmente hacía referencia a una situación de discriminación producida por una diferencia en la edad legal de consentimiento para mantener relaciones sexuales entre personas del mismo género con respecto a las mantenidas entre personas de distinto sexo (21 años frente a 17, respectivamente); violación del artículo 14 que fue descartada por la Comisión de Derechos Humanos con anterioridad a que el TEDH conociera del asunto (§35).

⁴⁵ *Norris v. Ireland*, 26 de octubre de 1988, Series A Núm. 142.

denunciante, por lo que, según el Gobierno, no tendría la condición de “víctima” de una vulneración del CEDH (§27). Sin embargo, el TEDH desechó este argumento al entender que el denunciante se ve

“directamente afectado por las leyes impugnadas al estar predispuesto a mantener relaciones sexuales consentidas con hombres adultos por su orientación homosexual” (§29).

De modo que resulta indiferente si se ha adoptado alguna medida contra él o no porque:

“Una ley que permanece en ordenamiento, incluso si no es aplicada a un tipo concreto de casos durante un tiempo considerable, puede ser aplicada en este tipo de casos en cualquier momento si, por ejemplo, hay un cambio en la política” (§33).

Por tanto, la aplicación concreta de las leyes criminalizadoras al denunciante supone un factor adicional, pero no esencial, de la intromisión en el derecho a la vida privada (§38). Al analizar si dicha intromisión resulta legítima, el TEDH asegura que se trata de un caso “indistinguible de aquel del Sr. Dudgeon” (§42), por lo que sentencia que la mera existencia de dichas leyes vulnera el artículo 8 de la Convención.

Más adelante, en 1993, el Tribunal de Estrasburgo volvió a pronunciarse sobre la posibilidad de que una ley penal que tipificase como delito prácticas sexuales consentidas entre hombres adultos implicase una vulneración del artículo 8 de la Convención. En concreto, en *Modinos contra Chipre*⁴⁶ consideró que se producía dicha violación de la CEDH al mantener Chipre en su Código Penal la pena de prisión para quien tuviera “conocimiento carnal contra natura” o “permitiera que un hombre lo tuviera con él” (§8). Y ello a pesar de que el gobierno chipriota alegó que, desde la sentencia sobre el caso *Dudgeon*, el Fiscal General había dado instrucciones de no iniciar ningún procedimiento por este delito (§12). El TEDH dio la razón al denunciante -Alec Modinos, un activista homosexual chipriota- en este punto. El Sr. Modinos alegaba las declaraciones de varios ministros contrarios a eliminar tal delito del Código Penal como prueba de que el Gobierno no lo consideraba realmente una ley derogada en la práctica (§9). Además, el Tribunal Supremo de Chipre había condenado con posterioridad a *Dudgeon* a un soldado de 19 años por este delito (§11), sin valorar en ningún momento la constitucionalidad de dicho artículo del Código Penal o su adecuación a la CEDH. Todo ello no hizo más que

⁴⁶ *Modinos v. Cyprus*, 22 de abril 1993, Series A Núm. 259.

confirmar al TEDH que la política del Fiscal General de no perseguir el “conocimiento carnal contra natura” podría cambiar en cualquier momento (§18), por lo que se trataba de un caso idéntico a los de *Dudgeon* y *Norris*. De modo que concluyó que el Código Penal chipriota vulneraba el artículo 8 CEDH.

2.1.3. Globalización de la doctrina *Dudgeon*: *Toonen* contra Australia.

La jurisprudencia del TEDH a partir del caso *Dudgeon* tuvo una gran influencia a nivel regional, como se ha mostrado en el caso *Modinos* con la decisión de la Fiscalía General chipriota adoptada tras la sentencia *Dudgeon* de no iniciar ningún procedimiento penal para castigar la homosexualidad. Sin embargo, también tuvo una importancia fundamental en la conceptualización de los derechos de las personas LGBTI como Derechos Humanos a nivel global. Así se desprende de la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el asunto *Toonen v. Australia*⁴⁷.

En este caso, un activista por los derechos de los homosexuales australiano llamado Nicholas Toonen, denunció ante el Comité de Derechos Humanos que la existencia de dos disposiciones penales en la ley de Tasmania que criminalizaban la homosexualidad masculina vulneraba su derecho a la intimidad reconocido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), además de constituir una forma de discriminación prohibida por los artículos 2.1 y 26. En lo que respecta al derecho a la privacidad, el Comité sigue una argumentación idéntica a la desarrollada por el TEDH - de hecho, el Sr. Toonen había hecho referencia a *Dudgeon*, *Norris* y *Modinos* en su petición-, declarando de forma expresa que los asuntos morales no pueden ser una cuestión exclusivamente doméstica que permanezca ajena al escrutinio del Comité (§8.6).

No obstante la importancia de que el Comité de Derechos Humanos hubiese llegado a tal conclusión, la decisión sobre el caso *Toonen* supone un punto de inflexión especialmente por cuanto respecta a la segunda de las vulneraciones alegadas: la del principio de no discriminación y el derecho a la igualdad de los artículos 2.1 y 26 PIDCP. Resulta interesante el modo en que el gobierno australiano respondió a las alegaciones del Sr. Toonen: si bien no admite la existencia de discriminación contra el denunciante, pide al Comité que se pronuncie sobre si una eventual discriminación por razón de la

⁴⁷ CtDH, Comunicación núm. 488/1992, *Toonen v. Australia*, Documento CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), de 31 de marzo de 1994.

orientación sexual podría subsumirse bien en el concepto de discriminación por razón del sexo, bien bajo la cláusula de “cualquier otra condición social” (§6.9). El Comité respondió incluyendo la orientación sexual en el concepto de “sexo” como motivo de discriminación, declarando que la ley penal tasmana no sólo suponía una vulneración del artículo 17 PIDCP, sino también una medida discriminatoria que vulneraba los artículos 2.1 y 26 PIDCP.

2.1.4. Primera jurisprudencia del TEDH sobre discriminación por motivos de orientación sexual.

De la misma forma que la jurisprudencia del TEDH a partir de *Dudgeon* influyó en el Comité de Derechos Humanos, la prohibición de discriminar a las personas según su orientación sexual contenida en *Toonen* se introdujo en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. A pesar de que, a finales de los años 90, gran parte de Europa ya había dejado de tipificar como delito las relaciones homosexuales⁴⁸, en varios Estados seguían estableciéndose edades para consentir el mantenimiento de relaciones sexuales diferentes para las relaciones entre personas del mismo género con respecto a aquellas entre personas de distinto sexo. Este era el caso del Reino Unido, donde los hombres solamente podían mantener relaciones sexuales consentidas con otros hombres a partir de los 18 años, siendo 16 años la edad mínima para consentir en el caso de las relaciones con o entre- mujeres.

Tal situación llevó al británico Euan Sutherland⁴⁹ a denunciar a su Estado ante el TEDH invocando los artículos 8 y 14 de la CEDH. Con anterioridad, la Comisión había reconocido la existencia de razones que justificaban que un Estado parte en la CEDH estableciera edades diversas para el consentimiento sexual, amparándose en que el estigma social asociado a la homosexualidad podía generar problemas psicológicos en los hombres jóvenes de los cuales debían ser protegidos (§58, haciendo referencia a *X v. Reino Unido*⁵⁰). Sin embargo, la Comisión decidió apartarse de este criterio en *Sutherland* debido a los cambios en las opiniones acerca de la sexualidad de los adolescentes de los

⁴⁸ WAALDIJK, K., “Civil developments: patterns...”, *cit. supra*, p. 73.

⁴⁹ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el As. *Sutherland v. The United Kingdom*, no. 25186/94, de 1 de julio de 1997.

⁵⁰ Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre el As. *X v. The United Kingdom*, no. 7215/75, 1980. El informe sobre este caso justifica esta necesidad de protección en una supuesta tendencia de los homosexuales a “hacer proselitismo entre los adolescentes”.

expertos en la materia (§59). Por este motivo, la Comisión acoge expresamente la doctrina establecida en *Toonen* al admitir que, dado que las diferentes edades de consentimiento se basaban en la orientación sexual de las personas, debía existir una justificación especialmente relevante para no constituir una discriminación prohibida por el artículo 14 (§50). No obstante, no consideró relevante determinar si la discriminación por razones de orientación sexual debía encuadrarse bien en el concepto de “sexo”, bien en la cláusula residual “otros motivos”, de dicho precepto (§51). En cualquiera de los dos casos, el margen de apreciación del Estado parte debe ser reducido (§57). Dado que las posibles justificaciones ofrecidas por el Reino Unido -que los hombres menores de 18 años podían arrepentirse en el futuro por haber mantenido relaciones con otros hombres y que la sociedad está legitimada para expresar así su desaprobación de la homosexualidad- no convencieron a la Comisión, ésta determinó que las diferentes edades para consentir las suponen una discriminación en el ejercicio del derecho a la vida privada (§66).

Aunque el Tribunal en su Sentencia sobre este caso⁵¹ no llegó a pronunciarse sobre el fondo -pues la legislación británica fue modificada antes-, el asunto *Sutherland* reviste una gran importancia por suponer la entrada de la doctrina *Toonen* en la jurisprudencia del TEDH, introduciéndose así a nivel regional la protección frente a la discriminación en el ejercicio de sus Derechos Humanos a las personas con orientaciones sexuales no normativas.

El Tribunal de Estrasburgo tuvo poco después la ocasión de dictar Sentencia sobre un caso de discriminación en un contexto diferente. En el asunto *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*⁵², un hombre homosexual portugués denunciaba que le había sido denegada la custodia de su hija por su orientación sexual. En concreto, el Tribunal de Apelaciones de Lisboa (*Tribunal da Relação*) sentenció que la custodia debía recaer en la madre porque la niña “debería vivir en un ambiente familiar, una familia portuguesa tradicional” ya que su padre se encontraba viviendo con otro hombre “como si fueran hombre y esposa”, lo cual es “una anormalidad y los niños no deberían crecer a la sombra de situaciones anormales” pues “así lo dicta la naturaleza humana” (§27); todo ello a pesar de que los informes de los expertos que habían tratado a su hija reiteraban la buena

⁵¹ *Sutherland v. the United Kingdom (striking out)* [GC], núm. 25186/94, 22 de marzo de 2001.

⁵² *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX.

relación que mantenía tanto con su padre como con el compañero de éste. De acuerdo con el TEDH, estas afirmaciones “sugieren (...) que la orientación sexual del denunciante fue un factor decisivo para la decisión final” (§35), lo cual supone una vulneración del artículo 8 en relación con el 14 CEDH.

2.2. El reconocimiento de las identidades de género diversas en la jurisprudencia del TEDH.

2.2.1. Primeras sentencias: la interpretación evolutiva de la CEDH y los derechos de las personas transgénero.

La jurisprudencia expuesta hasta este punto se refiere exclusivamente a la orientación sexual de las personas, bien como elemento del derecho humano a la intimidad, bien como un motivo prohibido para diferenciar a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también adoptó decisiones durante los años ochenta y noventa sobre casos que concernían a personas transgénero. En particular, sobre la vulneración que podría suponer para sus derechos humanos la imposibilidad de cambiar sus datos personales en documentos oficiales tales como tarjetas de identidad o certificados de nacimiento.

Lejos de ser una cuestión baladí, la falta de concordancia entre los datos reflejados en este tipo de documentos y la realidad de la persona transgénero -en concreto, los relativos a su nombre, su fotografía o su género- a menudo aboca a este colectivo a situaciones humillantes y difíciles cuando deben demostrar dichos datos (por ejemplo, al solicitar beneficios sociales, buscar trabajo o intentar contraer matrimonio)⁵³. Así ocurría en el primero de los casos en llegar al Tribunal de Estrasburgo. En *Van Oosterwijck contra Bélgica*⁵⁴, un hombre transgénero, tras someterse con éxito a una histerectomía y a una mastectomía para adecuar su físico a aquel que consideraba adecuado a su identidad de género, solicitó a las autoridades belgas que sus documentos reflejaran del mismo modo su sexo masculino. Al serle denegado, el sr. Van Oosterwijck denunció que dicha negativa suponía una vulneración de los artículos 3, 8 y 12 de la CEDH. Si bien la

⁵³ HEINZE, E., *Sexual orientation: a Human Right*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, p. 100.

⁵⁴ *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 de noviembre 1980, Series A Núm. 40.

Comisión de Derechos Humanos descartó la primera de ellas⁵⁵, declaró que existía una vulneración del artículo 8 y del artículo 12. Sin embargo, el TEDH decidió considerar la denuncia inadmisibles por no haber agotado todos los recursos internos existentes, por lo que no entró a considerar el fondo del asunto.

Por el contrario, sí que evaluó el fondo del asunto en dos casos presentados frente al Reino Unido posteriormente, *Rees*⁵⁶ y *Cossey*⁵⁷, indistinguibles para el TEDH (*Cossey*, §34). En ambos casos, una persona transgénero solicitó a las autoridades británicas el cambio de su nombre y sexo en su certificado de nacimiento, siéndole denegado porque únicamente se admitían cambios en dicho documento por motivos de “errores clericales” (*Cossey*, §19). Tanto el sr. Rees como la Sra. Cossey denunciaron al Reino Unido por vulnerar sus derechos contenidos en los artículos 8 y 12 CEDH. Sin embargo, el TEDH desestimó ambas por entender que el Reino Unido ya había hecho “todo lo que el sistema le permitía” para satisfacer las pretensiones de los denunciantes (*Rees*, §42; *Cossey*, §40), pues ya habían cambiado estos datos en el resto de documentos oficiales -cuyas regulaciones sí lo permitían-. Para el TEDH, exigir al Reino Unido mejorar una situación que ya era considerablemente ventajosa con respecto a otros Estados parte de la CEDH (*Rees*, §40), implicaría restringir en exceso su margen de apreciación (*Rees*, §47), sin que existiera en ninguno de los dos casos un consenso suficiente entre los Estados parte que justificara tal restricción (*Rees*, §37; *Cossey*, §40).

Apenas un año después de dictar sentencia sobre el asunto *Cossey* el TEDH falló por primera vez a favor de una persona transgénero en la sentencia sobre el caso *B. contra Francia*⁵⁸. La Sra. B. solicitó a las autoridades francesas cambiar los datos relativos a su estado civil para que reflejaran su condición de mujer y poder así contraer matrimonio con un hombre. Al serle denegado en sucesivas instancias, denunció ante el TEDH lo que consideraba una intromisión ilegítima en su vida privada⁵⁹. El Tribunal de Estrasburgo,

⁵⁵ Decisión de la Comisión de Derechos Humanos sobre el *Van Oosterwijck v. Belgium*, no. 7654/76, de 1 de marzo de 1979.

⁵⁶ *Rees v. the United Kingdom*, 17 de octubre de 1986, Series A Núm. 106.

⁵⁷ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1990, Series A no. 184.

⁵⁸ *B. v. France*, 25 de marzo de 1992, Series A no. 232-C.

⁵⁹ La Sra. B. denunció además ante la Comisión de Derechos Humanos haber sufrido una violación de su derecho a contraer matrimonio del artículo 12 CEDH, así como una vulneración del artículo 3. Sin embargo, la Comisión inadmitió la primera de estas denuncias por no haber agotado todos los recursos internos y desestimó la vulneración del artículo 3 por una gran mayoría (*B. v. France*, §29-30).

tras advertir que seguía sin haber un consenso entre los Estados parte sobre la cuestión (§48), consideró que las diferencias entre Reino Unido y Francia justificaban un análisis diferente del caso (§51). Si en el Reino Unido las personas transgénero podían adecuar sus datos a su identidad de género en la mayoría de documentos públicos, en Francia las posibilidades eran mucho más reducidas (§50). Tales divergencias suponían que una persona transgénero en Francia debía mostrar información perteneciente a su vida privada -en concreto, relativa a su transición y a su identidad de género- a terceras personas, tales como potenciales empleadores (§60). Por tanto, concluyó que, sin llegar a cuestionar el margen de apreciación de los Estados parte, en el caso francés no existía un equilibrio entre el interés general de mantener la inmutabilidad de los documentos públicos y los intereses individuales de la persona transgénero, por lo que se producía una violación del artículo 8.

A pesar de ser la primera sentencia del Tribunal de Estrasburgo que reconoce que la negativa a cambiar los datos identificados de una persona transgénero vulnera su derecho a la vida privada y familiar, lo cierto es que no cambió el resultado de otras denuncias posteriores con hechos similares. El TEDH volvió a dar una gran importancia a la falta de consenso y al consiguiente amplio margen de apreciación de los Estados en otros dos casos posteriores. Tanto *X, Y & Z*⁶⁰ como *Sheffield & Horsham*⁶¹ se iniciaron con sendas denuncias presentadas contra el Reino Unido por personas transgénero que veían vulnerado su derecho al respeto de su vida privada o familiar. Aunque en estos casos ya comenzó a admitir que el Reino Unido no estaba adoptando las medidas adecuadas para solucionar los problemas de las personas transgénero (*Sheffield & Horsham*, §60), el impacto directo de *B. contra Francia* en la jurisprudencia del TEDH parece más bien limitado. El margen de apreciación disponible para los Estados se mantuvo intacto.

La razón residiría en el criterio seguido por el Tribunal de Estrasburgo en el resto de sentencias relativas al artículo 8: la existencia o no de un “consenso generalizado” entre los Estados parte en la CEDH, derivado de la premisa de que la Convención es un

⁶⁰ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 de abril de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II.

⁶¹ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

“instrumento vivo” que debe “ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”⁶². A nuestro juicio se trata de una doctrina imprescindible para mantener actualizada la Convención y garantizar que proteja a las personas de situaciones que sus redactores originales ni siquiera habrían vislumbrado cuando se adoptó, permitiendo que los derechos contenidos en ella sigan siendo prácticos y efectivos. Sin embargo, compartimos la opinión de HEINZE⁶³ al afirmar que, en el caso de las minorías sexuales y de género, el Tribunal de Estrasburgo se limitó en las sentencias comentadas a reconocer derechos que ya existían en la práctica en muchos Estados parte. Como consecuencia, la doctrina de la interpretación evolutiva de la CEDH implica que el Tribunal “lejos de cuestionar las normas sociales, (...) las respalda”⁶⁴. Entendemos que, en aras de proteger a las minorías, una interpretación evolutiva y expansiva de la CEDH no debería equivaler necesariamente a exigir un consenso estricto entre los Estados parte, sino que debería tener como objetivo garantizar que los colectivos que necesiten una mayor protección la obtengan.

2.2.2. *La sentencia sobre el caso Goodwin.*

El TEDH relajó este criterio en otro caso relativo a los datos de identidad de las personas transgénero en el Reino Unido. En *Christine Goodwin contra Reino Unido*⁶⁵, una mujer transgénero británica denunciaba que, al figurar en su certificado de nacimiento su género como masculino, no podía disfrutar de los derechos en materia de pensiones y jubilación anticipada previstos para las mujeres. De modo que, en esencia y siguiendo el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo en *Cossey*, podría tratarse de un caso idéntico a los anteriores y recibir el mismo fallo. Sin embargo, en *Christine Goodwin* el tribunal decide apartarse de su jurisprudencia basándose precisamente en la necesidad de interpretar dinámicamente la CEDH (§74), pero entendiendo esta doctrina no como la necesidad de que al momento de adoptar una decisión exista un consenso estricto y generalizado entre los Estados Miembros, sino de la manera que mejor respete la dignidad y libertad humanas (§90). Así, declara que:

⁶² *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 de abril 1978, § 31, Series A no. 26.

⁶³ HEINZE, E., “Sexual orientation and International Law: a study in the manufacture of cross-cultural sensitivity”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22-2, 2001, p. 288.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 289.

⁶⁵ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

“Según el artículo 8 de la Convención en particular, en el cual la noción de autonomía personal es un principio importante en la interpretación de sus garantías, la protección es dada a la esfera personal de cada individuo, e incluye el derecho a establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales (...). En el siglo XX, el derecho de los transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en el sentido más amplio disfrutado por el resto de la sociedad no puede ser considerado un asunto discutible que requiera el paso del tiempo para ser aclarado.” (§90)

De este modo, el centro del análisis no debe situarse necesariamente en si los Estados parte han alcanzado en la práctica algún tipo de posición común⁶⁶, dando una mayor importancia a que exista una tendencia internacional hacia reconocer los derechos de las personas transgénero a que sea reconocida su identidad de género (§84). Por estas razones, el TEDH falla por unanimidad en el sentido de declarar que se ha producido una vulneración del derecho a la vida privada de la denunciante (§93) y, como consecuencia de ésta, se ha violado su derecho a contraer matrimonio ya que la negativa a cambiar los datos de su certificado de nacimiento le impedían casarse (§97-104).

En suma, durante los años 80 y 90 la jurisprudencia del TEDH en materia de orientación sexual e identidad de género supuso la inclusión de los derechos de las personas LGBTI en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien este gran avance se vio ralentizado por una aplicación conservadora de una doctrina progresista - como sería la doctrina de la interpretación dinámica de la CEDH-, no puede minimizarse su gran relevancia a nivel global. Prueba de ello es la interacción entre la jurisprudencia del TEDH y la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, puesta de manifiesto en los casos *Dudgeon*, *Toonen* y *Sutherland*. Además, de la misma forma que los cambios en el tratamiento jurídico por parte de los Estados de la orientación sexual y la identidad de género influyeron en la jurisprudencia del TEDH, ésta ha dado un impulso fundamental a nivel regional y global tanto al movimiento LGBTI como a las políticas

⁶⁶ “La ausencia de un enfoque común entre los cuarenta y tres Estados parte, con sus diversos sistemas y tradiciones legales, no es muy sorprendente”, *Christine Goodwin* (§85).

nacionales referidas a este colectivo y, de manera esencial, a su introducción entre las prioridades de Naciones Unidas⁶⁷.

3. DESARROLLO JURÍDICO POR LA SOCIEDAD CIVIL DE LOS DDHH DE LAS PERSONAS LGBTI: LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

3.1. Primer intento de sistematización de los derechos humanos de las personas LGBTI desde el activismo: la Conferencia de Montreal.

Los hitos conseguidos por la jurisprudencia internacional en los años 80 y 90 influyeron de manera decisiva en el activismo por los Derechos Humanos de las personas LGBTI, convirtiéndose en el núcleo en torno al cual construir las reivindicaciones políticas de este colectivo. Organizaciones como la International Lesbian and Gay Association (ILGA, hoy llamada International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) concentraron sus esfuerzos en la promoción de los Derechos Humanos de este grupo de personas al tiempo que ONGs más generalistas como Amnistía Internacional o Human Rights Watch los incluían entre sus prioridades⁶⁸.

En este contexto de impulso del movimiento LGBTI internacional se convocó una gran cumbre de activistas en Montreal en 2006 para discutir los problemas más relevantes para el colectivo. De acuerdo con su sitio web⁶⁹, 1500 personas procedentes de un centenar de países asistieron a la “Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT”. La Conferencia culminó con la Declaración de Montreal⁷⁰, un documento eminentemente programático y elaborado por y para activistas. Según su Preámbulo tiene un doble propósito: recopilar y explicar los cambios en la legislación y las políticas internacionales necesarios para el colectivo LGBTI y elaborar una agenda de acción global. Este último objetivo explica que la Declaración de Montreal incluya unas reivindicaciones que incluso hoy, trece años después, suenan muy lejanas. Así, combina peticiones sobre las que existe un consenso relativamente amplio -al menos, a nivel jurídico- como el fin de la violencia -pública o privada- contra las personas LGBTI o la eliminación de toda norma que criminalicen la homosexualidad -contrarias al derecho a

⁶⁷ KOLLMAN, K.; WAITES, M., “The global politics of...”, *cit. supra*, p. 6.

⁶⁸ *Ibid.* p. 4.

⁶⁹ <http://www.declarationofmontreal.org/>

⁷⁰ *Ibid.*

la intimidad de acuerdo con la doctrina *Toonen*- con otras sobre las que todavía hoy los avances son escasos a nivel global, como el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo género. Sin embargo, y como se ha mencionado, este carácter omnicomprendivo de la Declaración de Montreal se debe a su pretensión de resumir todas las reivindicaciones del movimiento LGBTI internacional en los términos más generales posibles y presentarlas así de manera coherente a nivel global⁷¹.

3.2. Los Principios de Yogyakarta: objetivos y naturaleza.

En la misma conferencia en la que se redactó la Declaración de Montreal, la entonces Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, expresó la necesidad de que la aplicación de los principios de universalidad y no discriminación a los derechos humanos de las personas LGBTI fueran formulados comprensivamente⁷². Con este fin, un grupo de 29 especialistas en la materia -formado tanto por académicos como por antiguos o actuales agentes de Naciones Unidas- se reunieron en noviembre de 2006 en la Universidad de Gadjadara, en Yogyakarta, Indonesia, en unas sesiones organizadas por una coalición de ONGs coordinada por la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos.

El resultado de esos debates fue la redacción de los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género” (“Principios de Yogyakarta”), presentados en Ginebra en 2007. Al contrario que la Declaración de Montreal, los Principios de Yogyakarta no tienen como objetivo compilar las reivindicaciones del movimiento LGBTI, sino reflejar el estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con las cuestiones de orientación sexual e identidad de género⁷³.

De acuerdo con su relator principal, los Principios cumplen una triple función⁷⁴. En primer lugar, identificar y describir las principales vulneraciones de los derechos humanos cometidas por razón de o contra la orientación sexual o la identidad de género.

⁷¹ SWIEBEL, J., “Lesbian, gay, bisexual and transgender human rights...”, cit. supra, p. 28.

⁷² O’FLAHERTY, M.; FISHER, J., “Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8-2, 2008, p. 232.

⁷³ Principios de Yogyakarta, p. 7

⁷⁴ O’FLAHERTY, M.; FISHER, J., “Sexual orientation, gender identity...”, cit. supra, p. 233.

En segundo lugar, formular de forma clara y precisa la aplicación del Derecho Internacional a dichas violaciones. En tercer lugar, detallar cómo los Estados deben implementar los Principios para garantizar los derechos humanos de las personas LGBTI. Esta triple función se ve reflejada incluso en la terminología y el lenguaje empleados en su redacción, idénticos a los utilizados en los principales tratados de derechos humanos cuyo contenido pretenden reafirmar⁷⁵. También, en las medidas que los Estados deberían adoptar, que pueden ser clasificadas en cuatro tipos: medidas necesarias erradicar las prácticas vulneradoras de los derechos humanos, para proteger a las personas en riesgo de sufrirlas, para exigir responsabilidad a los perpetradores y satisfacer a las víctimas y para promover una cultura de derechos humanos a través de la educación, la formación y la concienciación pública⁷⁶.

No obstante, y a pesar de utilizar un lenguaje muy similar al de un tratado y de tener como objetivo reafirmar obligaciones ya existentes para los Estados, los Principios de Yogyakarta no son de obligado cumplimiento en sí mismos. Dadas las características de su elaboración mediante un panel de expertos y sin la intervención de Estados, no podría ser de otra manera. Sin embargo, esta circunstancia abre la puerta a considerarlos como un importante instrumento de *soft law*⁷⁷. A pesar de la falta de competencia del comité de expertos que lo redactó para adoptar normas internacionales que obliguen a los Estados, no puede negarse su impacto como referencia en la aplicación de los derechos humanos a las personas LGBTI⁷⁸. De manera particularmente relevante, los Principios de Yogyakarta han sido utilizados como criterio interpretativo por tribunales nacionales -

⁷⁵ BROWN, D., "Making room for sexual orientation and gender identity in International Human Rights Law: an introduction to the Yogyakarta Principles", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31-4, 2010, p. 834.

⁷⁶ O'FLAHERTY, M.; FISHER, J., "Sexual orientation, gender identity...", cit. supra, p. 235.

⁷⁷ Para un análisis en profundidad de los instrumentos de *soft law*, Vid. ABBOTT, K.W.; SNIDAL, D., "Hard and soft law in International Governance", *International Organization*, Vol. 54-3, 2000, pp. 421-456; ABI-SAAB, G., "Cours général de Droit International Public", *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 207, 1987; BOTHE, M., "Legal and non-legal norms – a meaningful distinction in international relations?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1980, pp. 65-95; BOYLE, A.E., "Some reflections on the relationship of Treaties and soft law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48-4, 1999, pp. 901-913; MAZUELOS BELLIDO, A., "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 8, 2004.

⁷⁸ O'FLAHERTY, M., "The Yogyakarta Principles at ten", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33-4, 2015, pp. 280-298.

especialmente el Tribunal Supremo indio⁷⁹ - e internacionales. En este último grupo destaca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha tenido en cuenta los Principios para interpretar el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales en una ocasión⁸⁰.

3.3. Contenido de los Principios de Yogyakarta.

Los Principios, respondiendo a la necesidad señalada por la Alta Comisionada Arbour, comienzan afirmando en los Principios 1 a 3 el derecho de todos los seres humanos a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y a que se reconozca su personalidad jurídica, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, y sin que puedan ser discriminados por estas razones. De la extrapolación de estos Principios al resto de derechos humanos surgen los demás. Expuestos sucintamente, los Principios 4 a 29 afirman los derechos:

- A la vida, que incluye una prohibición tanto de prever en la legislación penal como de aplicar la pena de muerte por la orientación sexual o identidad de género del reo o por mantener relaciones sexuales legalmente consentidas con personas del mismo género.
- A ser protegidos por el Estado frente a todo acto de violencia relacionado con la orientación sexual o identidad de género, debiendo ser investigados y castigados apropiadamente.
- A gozar de su privacidad y ser protegido de cualquier intromisión ilegítima en la misma, incluyendo como tales la criminalización por cualquier medio de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo género o de la expresión de la propia identidad de género, la previsión de edades desiguales para dar el consentimiento entre personas tanto del mismo género como de sexos diferentes o la revelación de información concerniente a la orientación sexual o identidad de género.

⁷⁹ India, Supreme Court of India, *Suresh Kumar Koushal and another v. NAZ Foundation and others*, C. app. No. 10972 of 2013, 11 de diciembre de 2013; India, Supreme Court of India, *National Legal Service Authority v. Union of India and others*, writ. petition no. 400 of 2012, 15 de abril de 2014; India, Supreme Court of India, *Navtej Singh Johar & others v. Union of India, Thr. Secretary and Ministry of Law and Justice*, Writ. Petition (criminal) no. 76 of 2016, 6 de septiembre de 2018.

⁸⁰ Sentencia de 25 de enero de 2018, *F. contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-148/13, ECLI:EU:C:2018:36, §62.

- A no ser detenido o arrestado de manera arbitraria, entendiéndose como arbitrario bajo cualquier circunstancia el arresto o detención por motivos de orientación sexual o identidad de género.
- A acceder a una tutela judicial efectiva sin que le afecten prejuicio alguno por motivos de su orientación sexual o identidad de género.
- A que, en el caso de ser detenidas, sean tratadas humanamente y protegidas frente a cualquier tipo de violencia, discriminación, malos tratos o abusos por motivos de su orientación sexual o identidad o expresión de género, sin que ello repercuta en mayores restricciones a sus derechos.
- A no sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razón de su orientación sexual o identidad de género.
- A ser protegidos frente a toda forma de explotación, venta o trata basada en su orientación sexual o identidad de género.
- A la no discriminación en el goce de los derechos al trabajo, a la seguridad social, al acceso a un nivel de vida y una vivienda adecuados, a la educación y a la salud (Principios 12 a 17).
- A no ser obligados a someterse a tratamiento, procedimiento o examen médico alguno ni a ser internado en un establecimiento, por motivo de su orientación sexual o identidad de género; en particular, a intervenciones irreversibles para imponer una identidad de género sin el consentimiento pleno de la persona y sin que prevalezca el interés superior del menor -como en el caso de las operaciones a recién nacidos intersexuales-, así como a pseudoterapias para “curar” o suprimir la propia orientación sexual o identidad de género.
- A opinar y expresar su identidad o personalidad mediante el comportamiento, la vestimenta, la elección de nombre o cualquier otro medio, así como a buscar y recibir información de todo tipo, incluido sobre orientación sexual, identidad de género o relaciones sexuales seguras.
- A reunirse y asociarse libremente, incluso para manifestarse pacíficamente, sin que puedan restringirse estos derechos sobre la única base de su orientación sexual o de género.

- A tener libertad de pensamiento, conciencia y religión con independencia de su orientación sexual o identidad de género.

- A circular libremente y a elegir su lugar de residencia con independencia de su orientación sexual o identidad de género, y sin que puedan utilizarse éstas para limitar o impedir el regreso, entrada o retorno de una persona a un Estado.

- A procurar asilo en caso de sufrir persecución incluso por razones de su orientación sexual o identidad de género y sin sufrir discriminación por ellas.

- A formar una familia y a que las familias no sufran discriminación por razón de la orientación sexual de cualquiera de sus miembros. El interés superior de los menores no puede ser considerado incompatible con la orientación sexual o identidad de género del menor o de cualquiera de sus familiares. En aquellos Estados en los que se reconozca el matrimonio o las uniones registradas entre personas del mismo género deberán tener los mismos derechos que las parejas casadas o registradas entre personas de diferente sexo.

- A participar en la vida pública, incluyendo todos los niveles de servicios brindados por los gobiernos y el empleo público, bien sin sufrir discriminación por su orientación sexual o identidad de género

- A participar en la vida cultural y a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la cultura.

- A promover la protección y realización de los derechos humanos, incluidos aquellos destinados a proteger a las personas de orientaciones sexuales o identidades de género diversas.

- A acceder a un recurso efectivo y obtener resarcimiento por las vulneraciones sufridas en sus derechos humanos, incluidas aquellas basadas en su orientación sexual o identidad de género.

- A que las personas directa o indirectamente responsables de una vulneración de sus derechos humanos sean proporcionalmente responsabilizadas por sus actos.

Finalmente, los Principios incluyen una serie de recomendaciones destinadas a otros actores distintos de los Estados. En concreto, a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, al Consejo de Derechos Humanos, a los Procedimientos Especiales de Derechos Humanos, al Consejo Económico y Social, a los Órganos de Vigilancia de

los Tratados de Derechos Humanos, a la Organización Mundial de la Salud y al ONUSIDA, al ACNUR, a todas las organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales comprometidas con los derechos humanos, a los tribunales regionales de derechos humanos, a las ONGs humanitarias y de derechos humanos, a las instituciones nacionales de derechos humanos, a las organizaciones profesionales, las organizaciones con fines comerciales, a los medios de comunicación y a las agencias financiadoras gubernamentales y privadas.

3.4. Crítica y revisión: Yogyakarta+10.

Los Principios de Yogyakarta no han estado exentos de críticas. Dejando a un lado el claro rechazo desde las posiciones más conservadoras por suponer una “amenaza” a sus modelos de familia y sociedad⁸¹, lo cierto es que ha sido objeto de numerosos comentarios. Una de las críticas más habituales hace referencia a las definiciones de “orientación sexual” e “identidad de género” que plantea. Se ha aplaudido que se trate de términos mucho más inclusivos que las categorías “homosexual” y “transexual” tradicionalmente utilizadas hasta entonces, pues se basan en la experiencia individual de la persona⁸². La idea subyacente a esta concepción de que todo ser humano tiene una identidad de género ha sido descrita como el mayor avance de estas definiciones⁸³. Sin embargo, se ha criticado que la consecuencia lógica de estas conceptualizaciones es delimitar quiénes son titulares de los derechos enumerados en los Principios, lo que podría marginar o excluir a ciertos colectivos vulnerables.

En primer lugar, se ha señalado que las necesidades de las personas intersexuales correrían el riesgo de ser ignoradas⁸⁴ al no deberse su vulnerabilidad *a priori* ni a su orientación sexual ni a su identidad de género, sino a presentar características sexuales diversas. Lo mismo ocurriría con aquellas personas cuyas potenciales situaciones de riesgo se deban principalmente a que expresan su género de manera no normativa⁸⁵.

⁸¹ GONZÁLEZ MARSAL, C., “Los Principios de Yogyakarta: Derechos Humanos al servicio de la ideología de género”, en SÁNCHEZ MAÍLLO, C., *La ideología de género: apariencia y realidad*, CEU Ediciones, Madrid, 2011, p. 227-238; TOZZI, P., “Six problems with the Yogyakarta Principles”, *International Organizations Research Group*, Núm. 1, 2007.

⁸² THORESON, R.R., “Queering Human Rights...”, cit. supra, p. 329.

⁸³ OTTO, D., “Queering gender [identity] in International Law...”, cit. supra, p. 313.

⁸⁴ MCGILL, J., “SOGI...So what? ...”, cit. supra, pp. 19-20.

⁸⁵ *Ibid.*

En segundo lugar, se ha criticado que las definiciones de “orientación sexual” e “identidad de género” tratan de extrapolar concepciones eminentemente occidentales a un contexto universal, desplazando así a aquellas personas que cultural y tradicionalmente se han situado fuera del eje heteronormativo hombre-mujer pero que no se identifican en dichos términos⁸⁶. A pesar de que entendemos la necesidad de tener en cuenta las realidades sexuales y de género existentes en culturas no occidentales, no secundamos esta última crítica. Al centrarse en la vivencia personal de cada ser humano, los términos “orientación sexual” e “identidad de género” tal y como están definidos en los Principios -debatidos y acordados por especialistas con orígenes culturales y étnicos muy diversos- pueden englobar potencialmente cualquier categoría identitaria. Esto incluye aquellas que sean propias de culturas en las que conceptos como “gay” o “lesbiana” son recibidos como imposiciones extranjeras o coloniales.

Otra crítica tiene por objeto la ausencia de un derecho históricamente reivindicado por el movimiento LGBTI: el derecho al matrimonio entre personas del mismo género. Sin embargo, tal y como señala Brown⁸⁷, pretender su inclusión habría perjudicado notablemente a la credibilidad de los Principios, pues contrarían la máxima de limitarse a reafirmar aquellos derechos ya aceptados por los Estados en la legislación internacional de derechos humanos. No obstante, Brown reflexiona que, incluso omitiendo el matrimonio entre personas del mismo género, los Principios se exceden en el contenido que le atribuyen al derecho a formar una familia. En particular, el Principio 24 recoge que los Estados estarían obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el derecho a formar una familia “incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida” y a reconocer “la diversidad de formas de familias”. De acuerdo con este autor, el derecho a formar una familia, tal y como se encuentra configurado en los Principios, tiene un valor más bien “inspirador”⁸⁸. Sin embargo, opina que tal incorrección no sería un defecto *per se*, sino que supone una “herramienta útil para el avance de los derechos humanos” al marcar metas más ambiciosas sin hacer peligrar su éxito como instrumento para fijar nuevos estándares normativos e influir en la agenda mundial de derechos humanos⁸⁹.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁸⁷ BROWN, D., “Making room for...”, cit. *supra*, p. 855.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 867.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 868.

El párrafo 9 del Preámbulo incluye un reconocimiento de que la formulación de los derechos contenidos en los Principios debe basarse en el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos, por lo que debe ser revisada de manera regular. Así, en 2017 fue discutida y promulgada una extensión de los Principios⁹⁰ (“Yogyakarta+10”), la cual responde en parte a los comentarios y críticas recibidos. Así, una de sus principales novedades es la aportación de dos nuevas definiciones para los términos “expresión de género” y “características sexuales”, que son reconocidos como motivos distintos e interseccionales de discriminación del mismo modo que la orientación sexual y la identidad de género. Además, añaden diez Principios a los ya existentes, así como más de un centenar de nuevas obligaciones para los Estados y varias Recomendaciones Adicionales⁹¹. Entre las novedades destacan la inclusión del discurso de odio entre las formas de violencia de las que el Estado debe proteger a las personas (Principio 30), la eliminación del sexo y el género de los documentos de identidad (Principio 31), la protección frente a la pobreza causada o exacerbada por la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales (Principio 34), el derecho a acceder en condiciones seguras a las instalaciones sanitarias sin sufrir discriminación por estos motivos (Principio 35) o la afirmación de que las personas tienen los mismos derechos humanos online y offline (Principio 36).

3.5. Impacto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El éxito de los Principios de Yogyakarta como instrumento de *soft law* parece innegable. En concreto, sus definiciones de orientación sexual e identidad de género han sido reproducidas o han inspirado el uso de estos conceptos a nivel internacional, como se ha mostrado en la primera sección de este Capítulo. No obstante, los Principios han sido bien acogidos también en lo que respecta a su contenido jurídico en agencias de Naciones Unidas como la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁹²; en las Directrices N.º 9 de ACNUR⁹³; en varios procedimientos del Examen

⁹⁰ The Yogyakarta Principles plus 10, septiembre de 2017, disponible en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁹¹ Ibid.

⁹² ONUDD, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, Serie de Manuales de Justicia Penal, Nueva York, 2009.

⁹³ ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra.

Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos⁹⁴; en informes de varios Relatores Especiales⁹⁵; en un extenso documento sobre la violencia contra las personas LGBTI publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁶; en el manual del Consejo de Europa para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género⁹⁷; en resoluciones de los parlamentos nacionales de Estados como Argentina, Brasil, Uruguay, Canadá o México⁹⁸; entre otros⁹⁹.

Sin embargo, la mayor aportación que puede atribuirse a los Principios de Yogyakarta es haber incluido de lleno los derechos humanos de las personas LGBTI en la agenda de la comunidad internacional, contribuyendo de manera decisiva a que la discusión pasara de versar sobre si las minorías sexuales merecen tener derechos humanos a si la comunidad internacional debe o no exigir a los Estados soberanos que protejan a las personas de la violencia y la discriminación basadas en su orientación sexual o identidad de género¹⁰⁰. Este cambio de paradigma puede observarse claramente en la atención que Naciones Unidas le ha dedicado al colectivo LGBTI, en particular -pero no sólo- a partir de los Principios.

4. INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Habitualmente se toma la Opinión del Comité de Derechos Humanos sobre el caso *Toonen* como punto de partida del largo periplo en Naciones Unidas de los derechos humanos de las personas LGBTI, las últimas en la larga lista de grupos oprimidos necesitados de protección frente a las normas sociales dominantes¹⁰¹. No fue éste, sin

⁹⁴ ETTELBRICK, P. L.; TRABUCCO ZERÁN, A., *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development*, 2010.

⁹⁵ O'FLAHERTY, M., "The Yogyakarta Principles at ten", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33-4, 2015, pp. 280-298.

⁹⁶ CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra.

⁹⁷ CoE, *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2011.

⁹⁸ *Ibid.* p. 293.

⁹⁹ O'FLAHERTY, M., "The Yogyakarta Principles at ten", cit. supra, p. 289; ETTELBRICK, P. L.; TRABUCCO ZERÁN, A., *The Impact of the Yogyakarta...*, cit. supra; BROWN, D., "Making room for...", cit. supra, p. 868-874.

¹⁰⁰ THORESON, R.R., "Queering Human Rights...", cit. supra, p. 336.

¹⁰¹ Como fuera el caso de los refugiados, las mujeres, los niños y las personas con discapacidad, cuya protección ha sido objeto no sólo de análisis desde el punto de vista de los derechos humanos, sino de

embargo, el primer intento de introducir la cuestión de las minorías sexuales en el entramado de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Los primeros esfuerzos se centraron en la Asamblea General. En 1985 una secretaria de estado de Países Bajos defendió los derechos de las mujeres lesbianas ante la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi¹⁰². Años después, durante la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, los gobiernos de cinco Estados -Alemania, Australia, Austria, Canadá y Países Bajos- apoyaron una mayor implicación global en los asuntos de gais y lesbianas¹⁰³, llegando Canadá a proponer que se añadiese la orientación sexual a la lista de motivos de discriminación prohibidos que se incluiría en la resolución final de la Conferencia. Sin embargo, se encontró con una fuerte oposición¹⁰⁴ que se resolvió eliminando cualquier lista de motivos de persecución¹⁰⁵. Ese mismo año, el miembro francés de la Subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías propuso -sin éxito- ampliar el mandato de un estudio sobre nuevas formas de racismo y xenofobia para incluir la discriminación basada en la orientación sexual¹⁰⁶. Más exitoso fue el intento de incluir en la Plataforma de Acción resultante de la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 referencias a la diversidad de familias y a la necesidad de incluir en el concepto de salud reproductiva una vida sexual plena, segura y satisfactoria¹⁰⁷, no sin una fuerte oposición del Vaticano y algunos Estados latinoamericanos alineados con éste¹⁰⁸.

Posteriormente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, se llevó a cabo un nuevo intento de incluir la orientación sexual entre

Tratados de Derechos Humanos de gran relevancia. *vid.* MCGILL, J., “SOGI...So what? ...”, *cit. supra*, p. 9.

¹⁰² SWIEBEL, J., “Lesbian, gay, bisexual and transgender human rights...”, *cit. supra*, p. 25.

¹⁰³ SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation in International Law”, *International Journal of Public Administration*, Vol. 25-1, 2002, p. 14.

¹⁰⁴ SANDERS, D., “Getting lesbian and gay issues...”, *cit. supra*, p. 69.

¹⁰⁵ SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation... (2002)”, *cit. supra*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁷ MCGILL, J., “SOGI...So what?...”, *cit. supra*, p. 10-11.

¹⁰⁸ GIRARD, F., “Negotiating sexual rights and sexual orientation at the UN”, en PARKER, R.; PETCHESKY, R.; SEMBER, R., *Sex politics: reports from the frontlines*, Sexuality Policy Watch, 2007, p. 328., disponible en <http://www.sxpolitics.org/frontlines/home/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

las prioridades de las Naciones Unidas. Varias delegaciones -entre ellas, la Unión Europea, Israel, Sudáfrica y Canadá- habían hecho propuestas en este sentido durante los trabajos preparatorios¹⁰⁹. El resultado, tras unas arduas discusiones entre dichos Estados, de un lado, y el Vaticano, los miembros de la Organización de Cooperación Islámica y grupos conservadores de la sociedad civil, del otro, fue una vez más excluir el concepto de orientación sexual de la Plataforma de Beijing¹¹⁰. Aun así, logró reunir el apoyo de una treintena de delegaciones de los cinco continentes¹¹¹. Tampoco se alcanzó ningún avance en este sentido en la Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas que revisó dicha Plataforma (Beijing+5)¹¹² ni en la Conferencia de Durban sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia¹¹³.

A pesar del escaso éxito de estos primeros intentos por introducir la orientación sexual en la agenda del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, muestran una preocupación real que comenzaba a tomar forma con timidez. Paralelamente a estas discusiones, que eran principalmente políticas, Naciones Unidas comenzó a prestar una atención particular a los miembros del colectivo LGBTI con un mecanismo de perfil más técnico: los Procedimientos Especiales. En concreto, a través de los informes de los Relatores Especiales, que prepararon el campo de batalla para los grandes debates que se producirían en el seno del futuro Consejo de Derechos Humanos durante la primera década de los años 2000.

4.1. Primeras victorias: las personas LGBTI en los informes de los Relatores Especiales.

El término “Procedimientos Especiales” se refiere a los Relatores Especiales, Expertos Independientes, Grupos de Trabajo y Representantes del Secretario General designados por los órganos políticos de Naciones Unidas para realizar un seguimiento

¹⁰⁹ SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation... (2002)”, cit. supra, p. 15.

¹¹⁰ Si bien algunos Estados, como Israel y Sudáfrica, expresaron en sendas reservas que entenderían que la Plataforma prohíbe la discriminación por razones de orientación sexual. *Vid.* MCGILL, J., “SOGI... So what? ...”, cit. supra, p. 13.

¹¹¹ Entre ellos, Australia, Barbados, Brasil, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Eslovenia, Israel, Jamaica, Noruega, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Venezuela, así como los Estados Miembros de la UE-15. GIRARD, F., “Negotiating sexual rights...”, cit. supra, p. 341.

¹¹² SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation... (2002)”, cit. supra, p. 16.

¹¹³ SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation in International Law”, 2007, disponible en <https://ilga.org/sexual-orientation-in-international-law> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

del cumplimiento de los derechos humanos en el mundo y elaborar recomendaciones para promoverlos y protegerlos¹¹⁴. Su labor fundamental es en el desarrollo del contenido normativo de los derechos humanos, tanto que fueron calificados como la “joya de la corona” del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas por el antiguo Secretario General Kofi Annan¹¹⁵. Por tanto, su papel en la entrada en el debate sobre derechos humanos en Naciones Unidas de la orientación sexual y, eventualmente, de la identidad de género y del colectivo LGBTI en general, debe ser tenido especialmente en cuenta.

La primera vez que se recogieron las vulneraciones de los derechos humanos sufridas por las personas LGBTI en un informe de un Relator Especial fue en 1992. Dos años antes, la Comisión de Derechos Humanos (ComDH)¹¹⁶ había nombrado un Relator Especial con el mandato de estudiar los problemas y las causas de la discriminación de las personas infectadas con el VIH y de las personas con sida. Siguiendo dicho mandato, el Relator Especial Luis Varela Quirós presentó en 1992 un informe titulado “Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA” ante la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías (SubComDH)¹¹⁷. Se trata de un documento pionero por analizar la pandemia del VIH/sida desde un punto de vista no exclusivamente médico sino centrándose en los derechos humanos¹¹⁸. En concreto, estudia el impacto de la discriminación sufrida tanto por las personas seropositivas en general como de ciertos colectivos. Entre éstos, el Relator menciona de manera específica a las personas homosexuales¹¹⁹, en particular a aquéllas que viven en Estados en los que las relaciones entre personas del mismo género son sancionadas penalmente. El miedo a sufrir algún tipo de represalia disuade a estas personas de acudir a los educadores, asesores y agentes de salud que se ocupan del VIH

¹¹⁴ PICCONE, T., *Catalysts for Change : How the U.N.'s Independent Experts Promote Human Rights*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012, p. 4.

¹¹⁵ En estos términos se refirió a los Procedimientos Especiales en un mensaje ante el Consejo de Derechos Humanos el 29 de noviembre de 2006, (cita extraída de NOLAN, A; FREEDMAN, R.; MURPHY, T., “The United Nations Special Procedures System: Introduction”, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2830784> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁶ ComDH, *Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de las personas con SIDA*, Resolución 1990/65, de 7 de marzo de 1990.

¹¹⁷ SubComDH, *Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA*, Documento E/CN.4/Sub.2/1992/10, de 28 de julio de 1992.

¹¹⁸ *Ibid.* §20.

¹¹⁹ *Ibid.* §25.

y el sida. Además de impedir a este colectivo el acceso a los tratamientos que necesitan, el Relator identifica otra grave consecuencia de la discriminación contra las personas homosexuales. Desde que se detectaran los primeros casos de sida en hombres homosexuales, y a pesar de que la evidencia demuestra que las relaciones heterosexuales son “el modo predominante de transmisión del virus”¹²⁰, este colectivo ha sido señalado y estigmatizado por ser considerado más expuesto a contraer el virus, dificultando aún más las estrategias de salud pública con respecto al VIH y el sida.

En los años siguientes al informe del Relator Varela Quirós, otros Relatores Especiales comenzaron a prestar atención al colectivo LGBTI. La mayor parte de las veces se trataba de menciones esporádicas o circunstanciales hechas al exponer otras vulneraciones de los derechos humanos. Así, el entonces Relator Especial sobre la Tortura, el británico Nigel S. Rodley, fue uno de los más prolíficos en este sentido. En su informe de 1994, centrado en la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sufridos por las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, recogió el caso de un adolescente “sospechoso de prácticas homosexuales” que fue golpeado durante varias horas en las palmas de las manos y las plantas de los pies en una comisaría rumana¹²¹. Un año después, en un informe sobre la misma cuestión centrado en Colombia, denunció la existencia en este país de “escuadrones de la muerte” que asesinaban a homosexuales, entre otros colectivos considerados “desechables” para “limpiar las calles”¹²². En 1997 recogió el caso de dos pakistaníes -uno de ellos un niño de catorce años- que recibieron decenas de latigazos tras ser acusados de cometer “actos homosexuales”¹²³. Ya en el 2000, denunció que dos mujeres lesbianas que vivían abiertamente como pareja habían sido agredidas sexualmente por miembros de la policía

¹²⁰ *Ibid.* §9.

¹²¹ ComDH, *Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1994/31, de 6 de enero de 1994, §469 c).

¹²² ComDH, *Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de las resoluciones 1994/37 y 1994/82 de la Comisión de Derechos Humanos - Visita de los Relatores Especiales a la República de Colombia del 17 al 26 de octubre de 1994*, Documento E/CN.4/1995/111, de 16 de enero de 1995, §49.

¹²³ ComDH, *Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1997/38 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Resumen de los casos transmitidos a los gobiernos y respuestas recibidas*, Documento E/CN.4/1998/38/Add.1, de 29 de diciembre de 1997, §296.

brasileña para mostrarles “lo que se perdían por no tener relaciones sexuales con hombres”¹²⁴.

Finalmente, su informe de 2001¹²⁵ es el que recoge un mayor número de abusos al colectivo LGBTI. En primer lugar, denuncia las pésimas condiciones en las que fueron detenidos varios activistas gais que protestaban un asesinato homófono en Estados Unidos. Además de serles denegado el acceso a bienes básicos alimentos, agua o medicación para el VIH, fueron sometidos a malos tratos y abuso verbal -incluyendo insultos homófobos- por parte de los policías¹²⁶. Este informe es además el que más menciones a las personas transgénero incluye hasta ese momento. En concreto, recoge la muerte de una travesti¹²⁷ argentina que presentaba signos de haber sido torturada durante una detención¹²⁸, así como la denuncia de una agresión por parte de la policía a una persona transgénero en Nueva York motivada por su identidad de género¹²⁹.

También resultan de especial interés los informes del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias. En 1996, el Relator Especial Bacre Waly Ndiaye hizo un llamamiento urgente al gobierno de El Salvador porque temía por la vida del director de una ONG dedicada a apoyar a los pacientes de sida en ese país. Él y otros activistas habrían sido amenazados por un “escuadrón de la muerte” formado por militares y policías que se dedicaba a asesinar homosexuales¹³⁰. Este mismo relator denunciaría en un informe posterior los asesinatos a manos de la policía brasileña de personas homosexuales y transgénero que se dedicaban a la prostitución¹³¹, lo que

¹²⁴ ComDH, *Informe presentado por el Relator Especial, Sir Nigel Rodley, en cumplimiento de la resolución 1999/32 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2000/9, de 2 de febrero de 2000, §145.

¹²⁵ ComDH, *Informe presentado por el Relator Especial, Sir Nigel Rodley, en cumplimiento de la resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2001/66, de 25 de enero de 2001.

¹²⁶ *Ibid.* §1153.

¹²⁷ A pesar de que el término “travesti” se utiliza comúnmente para referirse a un hombre vestido de mujer, ha sido utilizado históricamente -y es utilizado en la actualidad como término identitario en ciertos países- para referirse a personas que podrían identificarse con el término transgénero, como podría ser este caso.

¹²⁸ ComDH, *Informe E/CN.4/2001/66*, cit. supra, §48-49.

¹²⁹ *Ibid.* §1171.

¹³⁰ ComDH, *Informe presentado por el Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, en cumplimiento de la resolución 1995/73 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1996/4, de 25 de enero de 1996, §181.

¹³¹ ComDH, *Informe presentado por el Sr. Bacre Waly Ndiaye, Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de conformidad con la resolución 1997/61 de la*

entronca con las denuncias acerca de la homofobia y transfobia de las fuerzas y cuerpos de seguridad de este país hechas por el Relator para la Tortura. En el mismo informe recoge además el caso de un hombre gay condenado a muerte en Estados Unidos en un proceso en el que varios miembros del jurado albergaban prejuicios contra los homosexuales y el fiscal llegó a declarar que la prisión “no es un castigo muy severo” para este colectivo, sin que su abogado se opusiera en ningún momento¹³², lo que redundaría claramente en su indefensión ante una eventual pena capital.

Los informes de las Relatoras Especiales sobre la Violencia contra la Mujer también incluyeron durante los años 90 y los primeros 2000 numerosas menciones al colectivo LGBTI. Ya el primero de ellos¹³³, presentado por la Relatora Especial Radhika Coomaraswamy, avanzaba esta cuestión. Bajo la rúbrica “Sexualidad”, la Relatora destacaba entre las motivaciones de la violencia y la discriminación contra la mujer el control de la conducta sexual de la mujer¹³⁴. Se pretende así justificar la violencia contra la mujer, desde los crímenes para mantener el honor o vengar la vergüenza familiar a la violencia sexual en sus múltiples formas, la mutilación genital femenina o las normas que regulan la vestimenta y la libertad de movimiento de las mujeres¹³⁵. A pesar de que la Relatora no menciona expresamente a las mujeres no heterosexuales, sienta claramente las bases para introducir la cuestión de la orientación sexual en los informes anuales posteriores. Así, su informe de 1996 incluyó una mención a las parejas homosexuales al discutir el significado y alcance del concepto de violencia en la familia, que hasta entonces se había enmarcado siempre en el ámbito de la “familia tradicional”. A juicio de la Relatora, es necesaria una nueva definición del concepto de familia que permita reconocer “la realidad de las mujeres cuyas experiencias no coinciden con las categorías

Comisión – Adición: Situaciones por países, Documento E/CN.4/1998/68/Add.1, de 19 de diciembre de 1997, §39-41.

¹³² ComDH, *Informe presentado por el Sr. Bacre Waly Ndiaye, Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de conformidad con la resolución 1997/61 de la Comisión – Adición: Misión a los Estados Unidos de América*, Documento E/CN.4/1998/68/Add.3, de 22 de enero de 1998, §95.

¹³³ ComDH, *Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1995/42, de 22 de noviembre de 1994.

¹³⁴ *Ibid.* §58.

¹³⁵ *Ibid.* §58-62.

tradicionales de familia”, haciendo referencia expresamente a las familias homosexuales y las mujeres lesbianas¹³⁶.

Esta conceptualización de la familia y la sexualidad de la mujer, a la que a menudo se le presenta como única opción el matrimonio con un hombre de su misma comunidad, hace a las mujeres no heterosexuales más vulnerables ante la violencia. Así lo ha manifestado la Relatora en su informe de 1997¹³⁷. En 1999 continuó ahondando en la idea de que la ideología familiar dominante, que limita a la mujer a las funciones de cónyuge y madre, expone a las personas no heterosexuales a la violencia y la discriminación¹³⁸. El control de la sexualidad de la mujer no heterosexual se manifiesta en muchas ocasiones en forma de las llamadas “violaciones correctivas”, como denuncia la Relatora en su informe de 2002 a raíz del caso de una mujer de Zimbabue que fue agredida sexualmente por un hombre mayor que ella a instancias de su familia¹³⁹.

Si bien estos tres Relatores Especiales destacaron por mostrar una preocupación mayor por las vulneraciones a los derechos humanos del colectivo LGBTI, no fueron los únicos. Así, Param Kumaraswamy, Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados, se refirió en su informe anual de 1998 a dos abogados y activistas por los Derechos Humanos y el colectivo LGBTI que habían sido amenazados con ser asesinados si no abandonaban sus investigaciones sobre la muerte de dos homosexuales y una persona transgénero¹⁴⁰. Además, en otro informe de 2002 denunció decenas de casos de detenciones por participar en “actividades homosexuales” en Egipto¹⁴¹. La mayoría de los

¹³⁶ ComDH, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1996/53, de 5 de febrero de 1996, §24.

¹³⁷ ComDH, *Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, Documento E/CN.4/1997/47, de 12 de febrero de 1997, §8.

¹³⁸ ComDH, *Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1999/68, de 10 de marzo de 1999, §9 y 15.

¹³⁹ ComDH, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos: Prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer*, Documento E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002, §103

¹⁴⁰ ComDH, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sr. Param Kumaraswamy*, Documento E/CN.4/1998/39, de 12 de febrero de 1998, §43.

¹⁴¹ ComDH, *Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Kumaraswamy, de conformidad con la resolución 2001/39 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2002/72, de 11 de febrero de 2002, §57 y 59.

detenidos fueron condenados por un Tribunal de Seguridad Nacional sin las garantías que ofrece el acceso a un abogado o a un asesoramiento legal suficiente¹⁴².

También el Relator Especial sobre el Racismo, Maurice Glèlè-Ahanhanzo mencionó los abusos a este colectivo en alguna ocasión. En concreto, en un informe de 1997 presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas, en el que nombra a las personas homosexuales como víctimas de discriminación a través de internet¹⁴³. O la Relatora Especial sobre el derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, que se refirió en su informe del año 2000¹⁴⁴ a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia¹⁴⁵ en la que censuraba a una escuela pública por excluir abiertamente a los alumnos homosexuales.

Todas las denuncias sobre las vulneraciones de los derechos humanos sufridas por las personas LGBTI recogidas en estos informes de los Relatores Especiales, si bien formuladas de manera dispersa y sin analizar en profundidad las causas subyacentes, suponen en conjunto un gran precedente de la inclusión de los derechos de este colectivo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, a partir de 1999 es posible encontrar informes de varios Relatores Especiales que fueron pioneros al estudiar de manera específica las formas de violencia y discriminación sufridas por este grupo.

El primero de todos fue el informe de 1999 de la entonces Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Asma Jahangir¹⁴⁶. En un epígrafe

¹⁴² *Ibid.* §64.

¹⁴³ AG, *Medidas que se han de adoptar para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia: informe sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia, preparado por el Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 51/79 de la Asamblea General*, Documento A/52/471, de 16 de octubre de 1997, §19.

¹⁴⁴ ComDH, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2001/52, de 11 de enero de 2001, §75.

¹⁴⁵ Si bien en el informe lo llama “Tribunal Supremo de Colombia”, parece que la Relatora se referiría más bien a una sentencia de la Corte Constitucional de este país. En concreto, la Sentencia T-101/98, de 24 de marzo de 1998, que resulta interesante por cuanto declara que “la realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia”.

¹⁴⁶ ComDH, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 1998/68 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/1999/39, de 6 de enero de 1999.

titulado “El derecho a la vida y la orientación sexual”, la Relatora Especial manifiesta su preocupación por las “numerosas y constantes informaciones” -algunas de ellas mencionadas en los informes anteriores- sobre personas asesinadas o condenadas por su orientación sexual en el mundo¹⁴⁷. En especial, por los “escuadrones de la muerte” que han señalado como objetivo al colectivo LGBTI en Estados como Brasil, Colombia y México que no han llevado a cabo las investigaciones necesarias para esclarecer sus asesinatos y perseguir a los responsables. Además, censura a los Estados que castigan con la muerte las relaciones entre personas del mismo género¹⁴⁸. Y ello no sólo porque supone una ejecución contraria al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reserva la pena capital para los delitos más graves y, por tanto, excluye su aplicación a cualquier cuestión de orientación sexual¹⁴⁹, sino que la Relatora refleja en su informe un argumento que todavía hoy resulta de gran vigencia: la tipificación penal de la orientación sexual contribuye a la estigmatización del colectivo LGBTI y, por tanto, favorece que se ejerza violencia contra estas personas y se violen sus derechos humanos con impunidad¹⁵⁰.

Los informes sucesivos de esta Relatora comenzaron a incluir un epígrafe dedicado al derecho a la vida de las personas LGBTI. Así, en el año 2000 denunció el asesinato entre 1980 y 1997 de miles de homosexuales, bisexuales -siendo la primera mención a este colectivo- y “travestidos” en Brasil, habiéndose enjuiciado solamente el 5% de ellos¹⁵¹. Recoge también el caso de un abogado y periodista rumano cuyo asesinato ha sido vinculado tanto a su homosexualidad como a su labor periodística crítica con la corrupción del gobierno. La Relatora se muestra especialmente preocupada por los prejuicios contra los homosexuales demostrados por la policía en relación a este caso, pues hacían sospechar que la investigación no sería minuciosa¹⁵².

¹⁴⁷ *Ibid.* §76.

¹⁴⁸ *Ibid.* §77.

¹⁴⁹ *Ibid.* §63.

¹⁵⁰ *Ibid.* §77.

¹⁵¹ ComDH, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2000/3, de 25 de enero de 2000, §54.

¹⁵² *Ibid.* §55.

Dicho informe del año 2000 también recoge los resultados de una misión de la Relatora a México¹⁵³, donde se reunió con una organización dedicada a la lucha contra los crímenes de odio sufridos por las personas LGBTI en ese país. Según esta organización, 125 personas -prácticamente todos hombres- habrían sido asesinadas entre enero de 1995 y mayo de 1997 por su orientación sexual, a menudo de manera extremadamente violenta. A juicio de la Relatora, los prejuicios contra este colectivo mantenidos por las autoridades y difundidos por los medios de comunicación contribuyen a crear un clima de impunidad e indiferencia ante este tipo de crímenes. La Relatora reproduciría esta idea en su informe de 2001, insistiendo en el papel de los medios en el mantenimiento de la violencia contra las personas LGBTI¹⁵⁴. En este informe denunció además las nuevas amenazas de muerte recibidas por activistas por los derechos de las personas LGBTI en Brasil, país en el que habían aumentado las cartas bomba y otros ataques violentos al colectivo¹⁵⁵, así como en El Salvador, donde al menos una veintena de personas transgénero habían sido asesinadas a tiros entre 1998 y 2000¹⁵⁶.

Finalmente, los informes de 2002 y 2003 incluyen también denuncias por la violencia extrema contra las personas LGBTI en Jamaica¹⁵⁷, donde 16 hombres detenidos por ser homosexuales fueron asesinados a manos de otros presos después de que los guardas de seguridad abandonaran la prisión en protesta por haberse insinuado que mantenían relaciones con los internos. Es un caso francamente revelador de la violencia con la que se manifiesta la homofobia en la sociedad: las víctimas no sólo fueron encarceladas por su orientación sexual -real o supuesta- y asesinadas por el mismo motivo, sino que los que debían garantizar su seguridad abandonaron sus funciones protectoras ante la mera insinuación de que habrían mantenido relaciones sexuales con otros hombres.

¹⁵³ *Ibid.* §56.

¹⁵⁴ ComDH, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 2000/31 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2001/9, de 11 de enero de 2001, §50.

¹⁵⁵ *Ibid.* §48.

¹⁵⁶ *Ibid.* §49.

¹⁵⁷ ComDH, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 2001/54 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2002/74, de 9 de enero de 2002, §42 y §64.

Los informes de 2002 y 2003 también denunciaron las amenazas de muerte a activistas del colectivo LGTBI en Ecuador y Argentina¹⁵⁸; el asesinato impune de transexuales en Venezuela¹⁵⁹; o la ejecución de homosexuales mediante enterramiento en Afganistán¹⁶⁰, todos ellos casos extremos, pero no extraños, a la vista de los informes de la época. De ahí que la Relatora incluyera en sus informes a partir de 2001 una Recomendación exhortando a los Estados a aumentar sus esfuerzos para garantizar la seguridad y el derecho a la vida de las personas que pertenecen a este colectivo, a investigar rigurosamente los asesinatos y amenaza motivados por la orientación sexual de las víctimas y a adoptar políticas y programas encaminados a sensibilizar a las autoridades y el público general ante este tipo de crímenes¹⁶¹.

En ese mismo año, el Relator Especial sobre la Tortura presentó un informe provisional ante la Asamblea General de Naciones Unidas cuyos párrafos 17 a 25 eran agrupados bajo el título “La tortura y la discriminación contra las minorías sexuales”¹⁶². De todos los informes elaborados por los Relatores Especiales entre los años 90 y principios del siglo XXI, es sin duda el que analiza la violencia sufrida por las personas LGTBI con mayor detalle y profundidad. A nuestro juicio, este informe reviste una gran importancia por varios motivos. En primer lugar, porque es el primero en hacer referencia a la identidad de género (llamándola “identidad sexual”). En segundo lugar, porque el Relator, en lugar de limitarse a mencionar las violaciones concretas de derechos humanos de las cuales ha sido informado, elabora una compilación de las principales formas de violencia de las que son víctimas las personas LGTBI. Abusos tales como todos los acosos, humillaciones, insultos, malos tratos físicos, violaciones o agresiones sexuales debidas a su orientación o identidad sexuales reales o supuestas¹⁶³, los castigos corporales por mantener relaciones consensuadas entre personas del mismo género o a las personas

¹⁵⁸ *Ibid.* §63.

¹⁵⁹ ComDH, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 2002/36 de la Comisión de Derechos Humanos*, Documento E/CN.4/2003/3, de 13 de enero de 2003, §66

¹⁶⁰ *Ibid.* §67.

¹⁶¹ ComDH, *Informe E/CN.4/2001/9*, cit. supra, §118.

¹⁶² AG, *Informe provisional sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por Sir Nigel Rodley, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 30 de la Resolución 55/89 de la Asamblea General*, Documento A/56/156, de 3 de julio de 2001.

¹⁶³ *Ibid.* §18.

transgénero por el mero hecho de serlo¹⁶⁴ o el internamiento en centros no penitenciarios y el sometimiento a tratamientos forzoso para cambiar la orientación o identidad sexuales propias¹⁶⁵. Y en tercer lugar, porque ahonda en las causas de la violencia contra las personas LGBTI, identificando una motivación que entronca con lo que ya apuntara la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer en sus informes previos. Al igual que la violencia contra la mujer tiene una de sus causas en la intención de controlar su sexualidad y acomodarla a la ideología familiar y de género imperante, la violencia contra las personas LGBTI busca castigarlos por traspasar las normas de género y cuestionar las ideas predominantes con respecto al rol asignado a cada sexo¹⁶⁶. Además, el Relator Especial sobre la Tortura señala la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género como un proceso de deshumanización de la víctima que acaba fundamentando la violencia, lo que convierte a las personas LGBTI en un colectivo especialmente vulnerable y con dificultades para buscar y conseguir la protección de las autoridades¹⁶⁷.

4.2 Los derechos de las personas LGBTI en el Consejo de Derechos Humanos.

El trabajo realizado por los Relatores Especiales en relación a las vulneraciones de los derechos humanos a las que son sometidas las personas LGBTI sirvió de punto de partida para que las reivindicaciones de este colectivo penetraran en la Comisión de Derechos Humanos (ComDH) y, posteriormente, en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) Así, en el año 2000 la Comisión aprobó una resolución sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias¹⁶⁸ en la que “tomaba nota con preocupación” de las personas asesinadas por su orientación sexual, incluyendo dicha mención en sus resoluciones posteriores sobre el mismo asunto.

4.2.1. Primeros intentos.

¹⁶⁴ *Ibid.* §20.

¹⁶⁵ *Ibid.* §24

¹⁶⁶ *Ibid.* §17.

¹⁶⁷ *Ibid.* §19.

¹⁶⁸ ComDH, *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Resolución 2000/31, de 20 de abril de 2000.

Sin embargo el verdadero impulso lo dio una Resolución¹⁶⁹ presentada por sorpresa¹⁷⁰ en 2003 por un Estado que había sido señalado numerosas veces en los informes de los Relatores Especiales por los abusos a los derechos humanos de las personas LGBTI que se producían en su territorio: Brasil. Bajo el título “Derechos Humanos y orientación sexual”, la Resolución brasileña incluye todos los elementos que formarían la base de los Principios de Yogyakarta unos años después. Comienza reafirmando los principales tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como los principios de universalidad y no discriminación¹⁷¹. Posteriormente, expresa su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas en todo el mundo contra las personas por razón de su orientación sexual, insistiendo en que estos derechos corresponden a todos los seres humanos por nacimiento. Por tanto, deben poder disfrutarlos y ser protegidos por los Estados con independencia de su orientación sexual. Finalmente, requiere al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que preste la atención debida a estas vulneraciones.

La Resolución brasileña obtuvo el apoyo de, al menos, 26 Estados¹⁷². No obstante, se encontró con una dura oposición liderada por el Vaticano, los Estados Miembros de la Organización para la Cooperación Islámica y varios Estados africanos. No es casualidad que estos países, tan alejados geográficamente entre sí como diferentes cultural, social y políticamente se encuentren entre los países que más vulneran los derechos de las personas LGBTI¹⁷³. Al igual que tampoco debe sorprender la curiosa alianza entre estos Estados y el Vaticano, dada la conocida posición de la Santa Sede con respecto a la

¹⁶⁹ ComDH, *Human Rights and sexual orientation*, Doc. E/CN.4/2003/L.92, de 17 de abril de 2003.

¹⁷⁰ Pues no se había reunido ni con otros gobiernos afines a la causa ni con organizaciones de la sociedad civil que pudiera apoyar su propuesta, lo que podría haber causado ciertos recelos en sus potenciales aliados en la Comisión, *Vid.* GIRARD, F., “Negotiating sexual rights...”, cit. supra, p. 341-342.

¹⁷¹ “Reaffirming (...) the inadmissibility of discrimination and (...) that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein without distinction of any kind”, *Ibid.*

¹⁷² La resolución finalmente propuesta para su debate fue promovida, además de por Brasil, por Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suecia. De acuerdo con GIRARD, posteriormente se sumaron Croacia, Chipre, Nueva Zelanda, Polonia, Serbia y Montenegro y Suiza. *Vid.* GIRARD, F., “Negotiating sexual rights...”, cit. supra, p. 343.

¹⁷³ RAMÓN MENDOS, L., *State-sponsored homophobia 2019*, ILGA, Ginebra, 2019 (“Informe ILGA 2019”).

homosexualidad en particular y el colectivo LGBTI en general¹⁷⁴. Estas delegaciones bombardearon la resolución con enmiendas que buscaban cambiar por completo su naturaleza¹⁷⁵; Pakistán incluso presentó una moción de inacción alegando que creaba nuevos derechos que contrariaban los valores culturales y religiosos de muchos Estados¹⁷⁶. La moción fue rechazada por 24 votos en contra¹⁷⁷ frente a 22 a favor¹⁷⁸, con 6 abstenciones¹⁷⁹, pero la Resolución fue pospuesta para su consideración al año siguiente. Sin embargo, Brasil no volvió a presentarla en 2004, y al no haber ningún otro Estado que la asumiera fue finalmente descartada en 2005.

Sin embargo, la fallida resolución brasileña, al situar la orientación sexual en el centro de la agenda de la Comisión de Derechos Humanos por primera vez, dio el impulso necesario para que otros Estados se movilizaran. En marzo de 2005, Nueva Zelanda emitió una Declaración Conjunta¹⁸⁰ ante la Comisión en nombre de 32 Estados¹⁸¹ en la que lamentan que ésta no estuviera lista para adoptar la resolución propuesta por Brasil dos años antes. La declaración constata que muchas personas en el mundo sufren violaciones de sus derechos humanos por su orientación sexual, la cual define como un “aspecto fundamental de la identidad de cada individuo y una parte inmutable de sí mismo”. Si bien reconoce que la sexualidad es un asunto complejo y sensible, exhorta a todos los Estados a proscribir la discriminación por razón de la orientación sexual.

¹⁷⁴ Como muestra, véanse las Consideraciones sobre las “uniones homosexuales” aprobadas por el entonces Papa Juan Pablo II y redactadas por el entonces Prefecto Joseph Ratzinger el 3 de junio de 2003, disponibles en la web oficial de la Santa Sede www.vatican.va (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁷⁵ GIRARD, F., “Negotiating sexual rights...”, p. 344.

¹⁷⁶ ONU, *Commission on Human Rights approves measures on promotion and protection of Human Rights, other issues*, Documento HR/CN/1045, nota de prensa de Naciones Unidas de 24 de abril de 2003.

¹⁷⁷ Incluyendo a varios Estados que no habían promovido la resolución, como Armenia, Australia, Corea del Sur, Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala, Japón, México, Perú, Uruguay o Venezuela. *Vid.* ONU, *Commission on Human Rights approves...*, cit. supra.

¹⁷⁸ La mayoría, Estados con un historial de protección de los derechos humanos y, en particular, de las personas LGBTI, paupérrimo. Entre otros, Arabia Saudí, Argelia, China, República Democrática del Congo, Libia, Senegal, Siria o Zimbabue.

¹⁷⁹ Entre las que se encontraba Sudáfrica, un Estado hasta entonces tradicionalmente favorable a incorporar las reivindicaciones del colectivo LGBTI en la agenda de Naciones Unidas; Cuba y Chile, que se habían mostrado favorables a la inclusión de la orientación sexual en la Plataforma de Beijing.

¹⁸⁰ Texto disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2005-joint-statement/>

¹⁸¹ Alemania, Andorra, Argentina, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, Rumanía, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

El año siguiente, otra Declaración Conjunta¹⁸² similar fue presentada por Noruega. Recibió el apoyo de 54¹⁸³ Estados, entre los que se encontraban por primera vez Estados Unidos y un mayor número de países latinoamericanos y asiáticos. En apenas dos años, no sólo se había duplicado el número de Estados dispuestos a apoyar los derechos humanos de las personas LGBTI públicamente, sino que se trataba de un grupo cada vez más diverso. Un valor fundamental para contrarrestar el discurso que trata la homosexualidad y la orientación sexual como conceptos eminentemente occidentales. Esta declaración es además la primera de Naciones Unidas que menciona la identidad de género como un concepto independiente de la orientación sexual, en la línea de los Principios de Yogyakarta que serían presentados al año siguiente.

Coincidiendo con el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de 2006 y la presentación en Ginebra de los Principios en 2007 culminaron en 2008 en una nueva Declaración Conjunta¹⁸⁴ leída por Argentina. En esta ocasión, sin embargo, el escenario no fue el Consejo de Derechos Humanos, sino la Asamblea General de Naciones Unidas. Hasta 66 Estados¹⁸⁵ de los cinco continentes se sumaron a la Declaración, entre los que destacan seis países africanos y cuatro asiáticos: las dos regiones de las que proceden la mayoría de los Estados contrarios a los derechos humanos de las personas LGBTI. Al igual que las declaraciones anteriores y los Principios de Yogyakarta, parte de la premisa de que la universalidad de los derechos humanos implica necesariamente que no es admisible en el Derecho Internacional la

¹⁸² Texto disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2006-joint-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁸³ Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, México, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, la República de Corea, la República de Moldavia, Rumanía, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Ucrania y Uruguay.

¹⁸⁴ Texto disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁸⁵ Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea-Bissau, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mauricio, México, Montenegro, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, Rumanía, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Uruguay y Venezuela.

discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y condena cualquier violación de los derechos humanos por estos motivos.

La Declaración de 2008 recibió el respaldo inmediato de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos Navanetham Pillay¹⁸⁶, quien mencionó expresamente en su discurso a las lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, transexuales e intersexuales como miembros iguales y de pleno derecho de la gran familia humana. Por supuesto, también se encontró con una dura oposición, organizada en torno a una respuesta presentada por Siria¹⁸⁷ en nombre de 57 Estados¹⁸⁸. La lista incluye gran parte de los países con mayoría musulmana del mundo y, de nuevo, a algunos de los regímenes menos respetuosos de los derechos humanos, como es el caso de Arabia Saudí, Corea del Norte, Eritrea, Siria o Zimbabue. Por eso sonroja que la respuesta incluya la preocupación de los firmantes porque la Declaración preste más atención a los “intereses y comportamientos sexuales” de algunas personas en lugar de a la discriminación sufrida por muchas otras por su raza, género, religión u otro motivo. Tampoco habla en su favor la aseveración -falsa- de que la ciencia ha demostrado repetidamente que la orientación sexual y la identidad de género no tienen un componente genético.

4.2.2. *La Resolución 17/19.*

La introducción definitiva de la orientación sexual y la identidad de género en la agenda política de derechos humanos de Naciones Unidas se produjo en 2011. El 22 de marzo de ese año, la creciente coalición de Estados favorables a los derechos humanos de las personas LGBTI emitió una nueva Declaración ante el Consejo de Derechos Humanos, que fue presentada en nombre de 85 países por Colombia, otro Estado con un amplio historial de denuncias por parte de los Relatores Especiales por violaciones de los derechos humanos de este colectivo. Poco después, el Consejo de Derechos Humanos

¹⁸⁶ Discurso disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/hc-ga-200/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁸⁷ Texto disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/syrian-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁸⁸ Afganistán, Argelia, Arabia Saudí, Bahrein, Bangladesh, Benín, Brunei Darussalam, Camerún, Chad, Comoras, Corea del Norte, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Emiratos Árabes Unidos Eritrea, Etiopía, Fiyi, Gambia, Guinea, Indonesia, Irán, Iraq, Islas Salomón, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Malawi, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Siria, St. Lucía, Somalia, Sudán, Swazilandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Uganda, Uzbekistán, Yemen y Zimbabue.

aprobó la Resolución 17/19¹⁸⁹ por 23 votos contra 19 y 3 abstenciones. Basándose, una vez más, en la universalidad de los derechos humanos y en la condición de libres e iguales en dignidad y derechos de todos los humanos, sin discriminación por condición alguna, la Resolución solicita a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la elaboración de un estudio para documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, así como la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede ser aplicada para poner fin a dichas violaciones. Decide además que sobre dicho estudio se organicen una mesa redonda para dialogar sobre sus conclusiones y recomendaciones. Finalmente, en el último de los cuatro puntos de la Resolución decide “seguir ocupándose de esta cuestión prioritaria”. La primera Resolución de las Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género marca las violaciones de derechos humanos basadas en ellas como prioridad.

Cumpliendo con el plazo marcado por la Resolución 17/19, el 17 de noviembre de 2011 el Alto Comisionado para los Derechos Humanos presenta su Informe¹⁹⁰ sobre discriminación y violencia por razones de orientación sexual e identidad de género. Como ha sido habitual a lo largo de todos los avances hacia la consideración de los derechos de las personas LGBTI como derechos humanos, el Informe parte de los principios de universalidad y no discriminación para fundamentar las obligaciones que los Estados tienen conforme al Derecho Internacional. Así, concluye que los Estados están obligados a proteger los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de la persona (§9-10), a no ser expuesto a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (§11-12), a la intimidad y la libertad deambulatoria (§13-14), a no ser objeto de discriminación (§15-17) y a la libertad de expresión, asociación y reunión (§18-19), siempre con independencia de la orientación sexual o identidad de género de la persona. Tras enumerar las obligaciones asumidas por los Estados, el Informe recopila aquellos problemas de derechos humanos que revisten una mayor importancia, si bien admite que no son todas las vulneraciones que se producen en relación con la orientación sexual o la identidad de género (§4).

¹⁸⁹ CDH, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio de 2011.

¹⁹⁰ ACNUDH, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/19/41, de 17 de noviembre de 2011, (“Informe ACNUDH LGBTI 2011”).

En concreto, se refiere a situaciones de violencia (§20-39) y discriminación (§40-73). Posteriormente, enumera algunas de las respuestas a estas cuestiones que se han dado a nivel nacional (§74-80), entre las que se encuentran los programas de formación a agentes del orden y profesores; la designación de fiscales especiales para perseguir los delitos contra las personas LGBTI; la utilización de los Principios de Yogyakarta como guía para orientar las respuestas políticas a la violencia y la discriminación; las campañas de información pública y en las escuelas; o las facilidades para que se reconozca jurídicamente a las personas transgénero e intersexuales el género con el que se identifiquen. Finalmente, recoge un elenco de recomendaciones a los Estados. Entre ellas, que se investiguen todas las denuncias por actos graves de violencia contra las personas por su orientación sexual o identidad de género real o supuesta; que se garantice el respeto al principio de no devolución con las personas que huyan de la persecución por su orientación sexual o identidad de género, y que las normas de asilo reconozcan la persecución por estos motivos; que se deroguen las leyes que criminalicen las relaciones consentidas y armonicen la edad de libre consentimiento para mantener relaciones homosexuales o heterosexuales; o que incluyan en sus ordenamientos leyes para luchar contra la discriminación.

Cumpliendo con lo dispuesto en la Resolución 17/19, el Informe de 2011 fue discutido en una mesa redonda el 7 de marzo de 2012 moderada por el representante de Sudáfrica y formada por representantes de Brasil, Estados Unidos, Suecia y Pakistán¹⁹¹. Fue el primer debate formal sobre la cuestión mantenido en el seno de un órgano intergubernamental de Naciones Unidas¹⁹².

4.2.3. Consolidación de los derechos humanos de las personas LGBTI en el sistema de Naciones Unidas.

En los años que siguieron a la Resolución 17/19, Naciones Unidas integró por completo la orientación sexual y la identidad de género en su sistema de derechos humanos. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos aprobó por 25 votos contra 14 y 7

¹⁹¹ Resumen y conclusiones del debate disponibles en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/PanelSexualOrientation.aspx> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁹² ACNUDH, *Born free & Equal: sexual orientation and gender identity in International Human Rights Law*, Documento HR/PUB/12/06, septiembre de 2012, p. 9.

abstenciones la Resolución 27/32¹⁹³, en la que solicitó al Alto Comisionado una actualización de su Informe de 2011. Tal actualización se produjo en mayo de 2015¹⁹⁴, y seguía la misma estructura que su predecesor, con el añadido de incluir los avances realizados por varios Estados -pertenecientes a todos los continentes- en aplicación de las recomendaciones efectuadas en 2011, además de una lista de Recomendaciones mucho más extensa. Posteriormente, en 2016, el Consejo de Derechos Humanos aprobó, tras un duro proceso negociador¹⁹⁵ y por 23 votos a favor contra 18 y 6 abstenciones la Resolución 32/2¹⁹⁶, con la que, basándose en las Resoluciones 5/1 y 5/2, decide nombrar a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (en adelante, EI-LGBTI), con el encargo de entregar sendos informes anuales al Consejo de Derechos Humanos¹⁹⁷ y a la Asamblea General¹⁹⁸.

Ambos fueron elaborados durante el mandato del tailandés Vitit Muntarbhorn, el primer EI-LGBTI de Naciones Unidas. Estos primeros informes destacan la idea de que la diversidad inherente a la humanidad debe ser reconocida y protegida a través de un refuerzo del respeto mutuo, la tolerancia, la comprensión y el respeto a los derechos humanos¹⁹⁹. Al igual que los Principios de Yogyakarta, parten de la premisa de que todas las personas tienen una orientación sexual y una identidad de género, si bien son aquellas que tienen de forma real o percibida una orientación sexual o identidad de género que no

¹⁹³ CDH, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/27/32, de 2 de octubre de 2014.

¹⁹⁴ ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015 (“Informe ACNUDH LGBTI 2015”).

¹⁹⁵ ILGA *et al.*, *Defending the independent expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity at the 71st session of the United Nations General Assembly*, 2017, disponible en https://ilga.org/downloads/Defending_IE_SOGI_UNGA71.pdf. (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁹⁶ CDH, *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/32/2, de 15 de julio de 2016, (“Resolución 32/2”).

¹⁹⁷ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género — “Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad”*, Documento A/HRC/35/36, de 19 de abril de 2017, (“Informe EI-LGBTI al CDH 2017”).

¹⁹⁸ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género — “Acepta la diversidad e impulsa la humanidad”*, Documento A/72/172, de 19 de julio de 2017, (“Informe EI-LGBTI a la AG 2017”).

¹⁹⁹ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2017*, cit. supra, §3.

cumplen con las expectativas que la sociedad tiene de ellas las que sufren la violencia y la discriminación²⁰⁰. Los informes también coinciden con los Principios al tener como base jurídica la universalidad de los derechos humanos²⁰¹, por lo que los instrumentos existentes deben ser aplicados a todas las personas con independencia de su orientación sexual o identidad de género²⁰².

A pesar de haber sido nombrado por un mandato de tres años²⁰³, el Sr. Muntarbhorn renunció meses después por motivos personales, siendo sustituido por el costarricense Víctor Madrigal-Borloz. Durante su primer mandato, el nuevo EI-LGBTI presentaría sendos informes al Consejo de Derechos Humanos²⁰⁴ y a la Asamblea General²⁰⁵. Al igual que los del anterior Experto Independiente, se fundamentan en la universalidad de los derechos humanos, haciendo un especial hincapié en la necesidad de acabar con la criminalización de las orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de adoptar un enfoque interseccional en la lucha contra la discriminación de las personas LGBTI²⁰⁶.

En 2019, y tras una intensa campaña a favor por parte de las principales organizaciones LGBTI de la sociedad civil²⁰⁷, el mandato del EI-LGBTI fue renovado por otros tres años²⁰⁸ con el voto a favor de 27 Estados²⁰⁹ frente al voto en contra de 12²¹⁰

²⁰⁰ *Ibid.*, §2.

²⁰¹ *Ibid.*, §8.

²⁰² *Ibid.*, §10.

²⁰³ CDH, *Resolución 32/2*, cit. supra, §3.

²⁰⁴ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, Documento A/HRC/38/43, de 11 de mayo de 2018, (“Informe EI-LGBTI al CDH 2018”)

²⁰⁵ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, Documento A/73/152, de 12 de julio de 2018, (“Informe EI-LGBTI a la AG 2018”).

²⁰⁶ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §19-25.

²⁰⁷ Como muestra la larga lista de firmantes en un manifiesto conjunto presentado para apoyar su renovación. Vid. <https://ilga.org/UN-renews-crucial-IESOGI-mandate-sexual-orientation-gender-identity> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁰⁸ CDH, *Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/41/L.10/Rev.1, 10 de julio de 2019.

²⁰⁹ Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Brasil, Bulgaria, Chile, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, España, Fiyi, Islandia, Italia, Japón, México, Nepal, Perú, Filipinas, República Checa, Ruanda, Sudáfrica, Túnez, Ucrania, Reino Unido y Uruguay.

²¹⁰ Afganistán, Arabia Saudí, Bahréin, Bangladesh, China, Egipto, Eritrea, Irak, Nigeria, Pakistán, Qatar y Somalia.

y 7 abstenciones²¹¹. Esto supone una mejora sustancial en el apoyo a la figura del EI-LGBTI, no sólo por incluir un mayor número de países favorables a la renovación de su mandato, sino por incluir por primera vez a un país musulmán del norte de África entre sus apoyos (Túnez), por haber atraído el voto favorable de países que se habían abstenido en la Resolución 32/2 (Filipinas y Sudáfrica) y por haber movido a la abstención a Togo y otros países africanos que habitualmente se han manifestado contrarios a su mandato. Sin embargo, resulta preocupante que un Estado como Hungría, que históricamente se ha posicionado a favor en las votaciones y declaraciones concernientes a las personas LGBTI en Naciones Unidas, haya optado por abstenerse. En cualquier caso, la renovación del mandato del EI-LGBTI es un éxito que debe ser celebrado, y que confirma la consolidación de los derechos humanos de las personas LGBTI en el sistema de Naciones Unidas.

Los derechos humanos de las personas LGBTI son una prioridad actual de la comunidad internacional. Más allá del Consejo de Derechos Humanos, los organismos de las Naciones Unidas -desde el ACNUR o Unicef a la UNESCO, el Programa Mundial de Alimentos o la OMS- se encuentran plenamente comprometidos con esta causa, como muestran el Manifiesto Conjunto emitido por doce de ellos en 2015²¹² o el Resumen Programático sobre el papel de Naciones Unidas en la lucha contra la discriminación y la violencia contra el colectivo LGBTI de 2017²¹³. Y no es para menos, pues este gran logro del movimiento LGBTI internacional responde a una situación descrita en ambos Informes del Alto Comisionado de Derechos Humanos: “en todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género”²¹⁴.

5. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL MUNDO

²¹¹ Angola, Burkina Faso, Hungría, India, República Democrática del Congo, Senegal y Togo.

²¹² ONU, “Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersex”, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/JointLGBTIstatement.aspx> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²¹³ ONU, *The Role of the United Nations in Combatting Discrimination and Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*, de 11 de abril de 2017, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNSystem.aspx> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²¹⁴ ACNUDH, *Informe ACNUDH LGBTI 2011*, cit. supra, §1.

5.1. Violencia y discriminación contra las personas LGBTI.

La violencia ejercida contra las personas LGBTI está presente en todas las regiones del mundo, constituyendo una forma particular de violencia cuya motivación es la intención de castigar a quienes desafían las normas socioculturales de género²¹⁵. En un discurso ante el Consejo de Derechos Humanos, el actual Experto Independiente de Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género, el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, fue claro en este sentido: “ningún Estado o región del mundo se libra de esta lacra”²¹⁶. A menudo los actos de violencia contra este colectivo se caracterizan por unos niveles de impunidad alarmantes²¹⁷, a lo que ayuda que sean perpetrados con frecuencia por agentes no estatales: grupos terroristas, ultranacionalistas, extremistas religiosos, paramilitares, la comunidad o, en muchos casos, su propia familia. Otro rasgo común en estos actos de violencia es la extrema crueldad con la que son perpetrados, que supera a la de otros crímenes de odio²¹⁸.

El derecho a la vida de las personas LGBTI se ve amenazado en todas las regiones del mundo. De acuerdo con la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, los miembros de este colectivo son muy vulnerables a ser asesinados por su identidad o expresión de género²¹⁹. Si bien la pena de muerte no se considera contraria al derecho a la vida *per se*²²⁰, debe imponerse de conformidad con el resto de derechos incluidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, la imposición de la pena capital a las personas por razón de su

²¹⁵ ACNUDH, *Informe ACNUDH LGBTI 2015*, cit. supra, §21.

²¹⁶ Disponible en

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23209&LangID=E> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²¹⁷ CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra, p. 24.

²¹⁸ CDH, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, documento A/HRC/20/16, de 23 de mayo de 2012, §71, citando a HUMAN RIGHTS FIRST, *Violence based on sexual orientation and gender identity bias*, 2008, p. 1, disponible en www.humanrightsfirst.org

²¹⁹ CDH, *Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias*, Documento A/HRC/35/23, de 6 de junio de 2017, §100.

²²⁰ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2005, pp. 133-153.

orientación sexual o identidad de género siempre constituirá una ejecución arbitraria²²¹ y, por tanto, contraria a los Derechos Humanos.

Actualmente, la pena de muerte para los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo género está prevista en nueve Estados²²², ya sea en parte o en la totalidad de su territorio, por el Estado o por milicias, tribunales no estatales o grupos terroristas locales. Además, las personas LGBTI, y en particular los hombres gays y bisexuales y las mujeres transgénero, corren un mayor riesgo de ser asesinadas por parte de las fuerzas policiales²²³. También se ven expuestas a los llamados “crímenes de honor”, que afectan en mayor medida -pero no sólo- a mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero²²⁴. Asimismo, el terrorismo ha señalado como objetivo y atacado al colectivo LGBTI, como muestra el atentado contra la discoteca de ambiente *Pulse*²²⁵ el 12 de junio de 2016. También el Comité de Derechos del Niño (CDC) ha mostrado su preocupación por el asesinato de niños LGBTI en Siria e Irak por parte de milicias locales²²⁶. Incluso se han registrado casos de asesinatos de lactantes intersexuales²²⁷.

Las personas LGBTI sufren los más variados atentados contra su integridad física, siendo a menudo víctimas de tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes. Según el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los elementos de propósito e intención propios de la definición de tortura concurrirán siempre que el acto de tortura esté motivado por el género, sexo, identidad de género, orientación sexual real o aparente o su incumplimiento de las normas

²²¹ CDH, *Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias*, cit. supra, §45.

²²² Arabia Saudí, Irak, Irán, Nigeria, Somalia, Sudán, Siria y Yemen. RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra, a los que se ha unido recientemente Brunei Darussalam, que ha reformato recientemente su legislación penal para elevar la pena por mantener “relaciones carnales contra natura” de una multa a la muerte por lapidación. Vid. “Brunei implements stoning to death under anti-LGBT laws”, *BBC* de 3 de abril de 2019, disponible en <https://www.bbc.com/news/world-asia-47769964> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²²³ CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra, p. 89.

²²⁴ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §23.

²²⁵ “50 muertos en la peor matanza en EE. UU. desde el 11-S”, *El País* de 13 de junio de 2016, disponible en https://elpais.com/internacional/2016/06/12/actualidad/1465717811_688793.html (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²²⁶ CRC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados del Iraq*, Documento CRC/C/IRQ/CO/2-4, de 3 de marzo de 2015, §27.

²²⁷ CDH, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Documento A/HRC/31/57, de 5 de enero de 2016, §50.

sociales relativas al género y la sexualidad²²⁸. El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (SPT) recoge de manera detallada en un informe de 2016 cómo las personas LGBTI sufren este tipo de vulneraciones de sus derechos de manera exacerbada, en particular cuando cumplen algún tipo de régimen de internamiento²²⁹ o son migrantes o refugiadas²³⁰. Son sometidas con frecuencia a registros corporales invasivos y humillantes que pueden constituir tortura o malos tratos, especialmente en el caso de los hombres homosexuales y bisexuales y las personas transgénero ²³¹.

Una forma específica de tortura o tratos inhumanos o degradantes sufrida por las personas LGBTI son los tratamientos médicos innecesarios. Las personas intersexuales, en particular los niños y niñas, son sometidos a procedimientos quirúrgicos innecesarios desde el punto de vista médico e irreversibles para modificar su apariencia física y hacerla coincidir con los estereotipos binarios de sexo, lo que puede acarrear graves secuelas físicas y psicológicas con el paso de los años²³². Otra forma particularmente perniciosa de abusos en el ámbito sanitario son las (mal) llamadas “terapias de conversión”, presentes en todo el mundo y definidas por el EI-LGBTI en los siguientes términos:

“Las “terapias de conversión” son tratamientos que supuestamente pueden cambiar la orientación sexual de una persona. Esas prácticas son nocivas para los pacientes y pueden causar graves dolores y sufrimientos y provocar depresión, ansiedad y pensamientos suicidas. A pesar de que las principales organizaciones de salud mental las rechazan de forma categórica, solo unos pocos Estados Miembros de las Naciones Unidas las prohíben realmente. Tales procedimientos no solo son llevados a cabo por algunos profesionales de la salud, sino también por miembros del clero o consejeros espirituales en el contexto de la práctica religiosa”²³³

Además de estas mal llamadas terapias, las esterilizaciones forzosas, los exámenes anales para determinar la orientación sexual o las evaluaciones psiquiátricas con el mismo fin son otras de las formas de malos tratos o tortura habitualmente sufridas por este

²²⁸ *Ibid.*, §8.

²²⁹ SPT, *Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura...*, cit. supra.

²³⁰ CDH, *Informe del Relator Especial sobre la tortura (2016)*... cit. supra, §32.

²³¹ *Ibid.* §36.

²³² ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, cit. supra, §53.

²³³ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §47.

colectivo²³⁴. En Irán muchas personas LGBTI son intervenidas bajo coerción para modificar sus genitales²³⁵. Aunque para algunas personas transgénero puede ser una intervención recomendable, no se realizan con el tratamiento adecuado ni se evalúa correctamente su necesidad²³⁶. Además, el gobierno de Irán recurre a estas técnicas para “legalizar” y “curar” a las personas homosexuales y bisexuales cisgénero²³⁷, poniéndolas en la disyuntiva de aceptar la operación o ser enjuiciadas por su orientación sexual.

Por otro lado, las personas LGBTI se ven especialmente expuestas a sufrir actos de violencia sexual, los cuales pueden constituir otra forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante²³⁸. Las agresiones sexuales a este colectivo combinan “una falta de respeto fundamental hacia las mujeres, a menudo misoginia, con una homofobia profundamente arraigada” en palabras de la ex-Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, y afectan de manera muy significativa a las mujeres y a las personas transgénero²³⁹. En concreto, son preocupantemente habituales las llamadas “violaciones correctivas”²⁴⁰, que tienen como pretendido fin hacer coincidir de manera brutal, forzosa y traumática la orientación sexual y la identidad y expresión de género de una persona con las reglas de

²³⁴ CDH, *Informe del Relator Especial sobre la tortura (2016)*... cit. supra, §48; ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, cit. supra, §37-38.

²³⁵ “Individuals who really should not be reassigned are often pushed to undergo the procedure, sometimes very hastily and without proper prior psychological counseling or necessary medical preparation”, CDH, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica de Irán*, Documento A/HRC/25/61, de 18 de marzo de 2014, Anexo 2.

²³⁶ ““Individuals who really should not be reassigned are often pushed to undergo the procedure, sometimes very hastily and without proper prior psychological counseling or necessary medical preparation”, *Ibid.*

²³⁷ ACNUDH, *Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo: República Islámica del Irán*, Documento A/HRC/WG.6/20/IRN/3, de 7 de agosto de 2014, §38.

²³⁸ *Vid.* CDH, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo — Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Manfred Nowak, Documento A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, §34; ASWAD, E.M., “Torture by means of rape”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 84-5, 1996, pp. 1913-1944.

²³⁹ PILLAY, N., *The shocking reality of homophobic rape*, 2011, disponible en <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11229&LangID=E> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁴⁰ CIDH, *Violencia contra las personas...*, cit. supra, p. 119.

género de la sociedad²⁴¹. La violencia sexual se configura así como un mecanismo de control para castigar la transgresión de estas normas²⁴².

Otra violación de los derechos humanos particularmente perniciosa para las personas LGBTI son los matrimonios forzosos, es decir, todos aquellos en los que al menos uno de los participantes ha sido privado mediante amenazas, presiones o coacciones, incluyendo económicas o emocionales, de la oportunidad de prestar su consentimiento libremente²⁴³. Para este colectivo, ser obligado a casarse en un matrimonio heterosexual no vulnera únicamente su derecho a consentirlo libremente, sino que también supone un ataque flagrante a su identidad, integridad y autonomía personales, todos ellos elementos del derecho a la intimidad²⁴⁴.

En todo el mundo, las personas LGBTI son detenidas por razón de su orientación sexual o de su expresión o identidad de género, en particular por la criminalización de las relaciones sexuales consensuadas. Actualmente, setenta Estados del mundo mantienen en sus ordenamientos jurídicos normas que castigan de alguna forma las relaciones consensuales entre personas adultas del mismo género²⁴⁵. Incluso cuando estas normas no son aplicadas en la práctica pueden generar un contexto de opresión y discriminación a las personas LGBTI del que no pueden escapar al serles imposible acudir a unas autoridades que se muestran contrarias a su mera existencia²⁴⁶. Como se expondrá más adelante, las disposiciones legales que criminalizan las relaciones entre personas del mismo género refuerzan entornos sociales de persecución e impiden al colectivo LGBTI acceder a la protección del Estado²⁴⁷.

Al menos 31 Estados²⁴⁸ tienen en sus ordenamientos jurídicos normas que prohíben la difusión de “propaganda homosexual”, expresión bajo la cual se esconden cualquier

²⁴¹ DI SILVIO, L., “Correcting corrective rape: *Carmichele* and Developing South Africa's affirmative obligations to prevent violence against women”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 99-5, 2011, p. 1472.

²⁴² BLONDEEL, K., *et al.*, “Violence motivated by perception of sexual orientation and gender identity: a systematic review”, *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 96-1, 2018, pp. 29-41.

²⁴³ MILLBANK, J.; DAUVERGNE, C., “Forced marriage and the exoticization of gendered harms in United States Asylum Law”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 19-4, 2010, p. 898-963.

²⁴⁴ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, cit. supra, pp. 385-392.

²⁴⁵ RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado 2019*, cit. supra.

²⁴⁶ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §27.

²⁴⁷ LAVIOLETTE, N., “‘UNHCR Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity’: a critical commentary”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-2, 2010, p. 187.

²⁴⁸ *Vid.* CARROLL, A.; RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado...*, cit. supra, p. 43-44.

restricción al libre ejercicio de la libertad de expresar y transmitir ideas sobre orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. Entre ellos, algunos Estados muy represores con este colectivo, como Arabia Saudí, Irán, Irak y otros Estados que criminalizan la homosexualidad, pero también países europeos como Rusia, Bielorrusia o Lituania -miembro de la UE- y varios estados de los Estados Unidos. En algunas de estas legislaciones la prohibición no menciona expresamente a las personas LGBTI, pero son utilizadas contra este colectivo con el pretexto de evitar la propagación de valores contrarios a la moral y la familia -Lituania- o que se consideran perjudiciales para los menores -Rusia o Indonesia-²⁴⁹. En otros, se castiga con sanciones pecuniarias o incluso prisión el “parecer del sexo opuesto” -Kuwait o Emiratos Árabes Unidos²⁵⁰- o “atentar contra la modestia” -Líbano-. En Turquía, donde la homosexualidad fue formalmente despenalizada en el siglo XIX, se multa y detiene a personas transgénero en virtud de una ley de seguridad ciudadana²⁵¹. Tales limitaciones a la libertad de expresión no tienen ningún fin legítimo desde el punto de vista de los Derechos Humanos y acarrear castigos claramente desproporcionados, por lo que son contrarias a los Derechos Humanos.

Incluso en los Estados más progresistas y que garantizan una mayor protección de los derechos de las personas LGBTI este colectivo sufre discriminación y violencia motivadas por su orientación sexual, su identidad o expresión de género o sus características sexuales de manera generalizada. Según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 91% de las personas LGBTI han experimentado o presenciado actitudes negativas frente a este colectivo y el 47% se han sentido discriminadas por su orientación sexual en Europa²⁵². La situación en estos países, al igual que en otros como Estados Unidos o Australia, es especialmente preocupante en relación con los niños y niñas LGBTI, pues la estigmatización, marginalización y discriminación

²⁴⁹ CDH, *Informe EI-LGBTI al CDH 2017*, §52.

²⁵⁰ HRW, *UAE: stop policing gender expression*, 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/09/07/uae-stop-policing-gender-expression> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁵¹ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia — asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, V.U. University Amsterdam, Ámsterdam, 2011, p. 21.

²⁵² FRA, *LGBT Survey*, 2012, datos disponibles en <http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-data-explorer-lgbt-survey-2012> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

a la que se ven sometidos -especialmente en las escuelas²⁵³- tiene como resultado una tasa de suicidios considerablemente mayor a la de sus coetáneos heterosexuales y cisgénero²⁵⁴.

5.2. Protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.

A pesar de que las personas LGBTI sufren las más variadas y cruentas formas de violencia y discriminación en todas las regiones del mundo, es cierto que se han producido considerables avances en sus derechos humanos. Sólo en 2019, Angola²⁵⁵ y Botsuana²⁵⁶ se han sumado a la lista de Estados que han dejado de castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo género, un grupo que ya abarca a la mayor parte de la población mundial²⁵⁷.

Actualmente, casi la mitad de los Estados del mundo ofrecen algún tipo de protección jurídica específica para las personas LGBTI²⁵⁸. Entre ellos destacan diez Estados y territorios por haber elevado dicha protección al más alto nivel al prohibir en sus Constituciones de manera explícita e inequívoca la discriminación por razón de orientación sexual: Bolivia, Ecuador, Fiyi, Kosovo, Malta, México, Nepal, Portugal, República Sudafricana y Suecia²⁵⁹.

A su vez, los esfuerzos por aumentar la protección a este colectivo a nivel internacional han cristalizado en menciones en varios tratados internacionales de derechos humanos dirigidas a evitar su discriminación. Tras el Tratado de Ámsterdam -pionero en el mundo-, los sucesivos tratados constitutivos de la UE y la Carta de Derechos Fundamentales han incluido expresamente la orientación sexual entre las causas de

²⁵³ CIANCIARULO, M., “Refugees in Our Midst: Applying International Human Rights Law to the Bullying of LGBTQ Youth in the United States”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 47-2, 2015, pp. 55-96.

²⁵⁴ PACE, *Child and teenage suicide in Europe: a serious public health issue*, Resolución 1608 (2008), de 16 de abril de 2008; RUSSELL, S. *et al.*, “Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Adolescent School Victimization: Implications for Young Adult Health and Adjustment”, *Journal of School Health*, Vol. 81-5, 2011, pp. 223-230.

²⁵⁵ HRW, *Angola decriminalizes same-sex conduct*, 23 de enero de 2019, disponible en <https://www.hrw.org/news/2019/01/23/angola-decriminalizes-same-sex-conduct> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁵⁶ Botsuana, High Court, *Letsweletse Motshidiemang vs Attorney General*, MAHGB-000591-16, de 11 de junio de 2019.

²⁵⁷ YANG, D., “La tendencia global hacia la despenalización de los actos sexuales consensuales entre personas del mismo género (1969 a 2019)”, en RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado 2019*, cit. supra, pp. 177-180.

²⁵⁸ RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado 2019*, cit. supra, pp. 235-312.

²⁵⁹ *Ibid.*

discriminación prohibidas en Derecho de la UE. En el ámbito del Consejo de Europa, varios tratados adoptados en su seno también lo hacen²⁶⁰, destacando entre ellos el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica adoptado en Estambul en 2011, pues menciona también la identidad de género en los mismos términos.

Sin embargo, es en otras latitudes donde encontramos los tratados internacionales más ambiciosos. La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación o Intolerancia²⁶¹ no se limita a desterrar la discriminación por motivos de orientación sexual en su aplicación, sino que la prohíbe “en cualquier ámbito público o privado” en su artículo 1. No obstante lo loable de su propósito, a septiembre de 2019 tan sólo ha sido ratificada por Uruguay²⁶². Mejor suerte parece haber corrido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁶³ que ha sido ratificada por siete Estados. Incluye el derecho de las personas mayores a ser tratadas sin violencia, respetadas y valoradas con independencia de su orientación sexual o su identidad de género (art. 9), así como una obligación de los poderes públicos de desarrollar enfoques específicos para las personas mayores con orientaciones sexuales e identidades de género diversas (art. 5).

En lo que respecta al matrimonio entre personas del mismo género -una de las principales reivindicaciones del colectivo LGBTI en el mundo desarrollado-, a septiembre de 2019, más de 50 Estados reconocen bien el matrimonio, bien algún otro tipo de unión entre personas del mismo género²⁶⁴. La mayoría de los países de este grupo

²⁶⁰ Es el caso de la Convención contra el Tráfico de Órganos Humanos (adoptado en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015), la Convención sobre la Falsificación de Productos Médicos y Crímenes similares que amenacen a la Salud Pública (Moscú, 28 de octubre de 2011) o la Convención para la Protección a los Niños frente a la Explotación y el Abuso Sexuales (Lanzarote, 25 de octubre de 2007).

²⁶¹ Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación o Intolerancia, adoptada en La Antigua el 6 de mayo de 2013.

²⁶² Instrumento de ratificación del Presidente de la República Oriental del Uruguay, de 19 de marzo de 2018, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/A-69_uruguay_RA_Deposito_5-11-2018.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁶³ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington, D.C. el 11 de enero de 2017.

²⁶⁴ RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado 2019*, cit. supra.

son europeos o americanos, pero el matrimonio entre personas del mismo género también es legal en la República Sudafricana, Australia, Nueva Zelanda y Taiwán²⁶⁵.

Se dibuja así un mapa de claros contrastes. De un lado, un creciente grupo de Estados, formado principalmente por países europeos y americanos, situado en la vanguardia de la protección de las personas LGBTI y avanzando hacia el reconocimiento de la igualdad de todas las personas y la universalidad de los derechos humanos en todas las esferas de la vida. Del otro, un gran bloque de Estados que no sólo se niegan a reconocer protección alguna a este colectivo, sino que condonan -cuando no directamente perpetran- la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI.

Una división que no sólo se produce en el plano político sino también -y de manera más preocupante- en el seno de las opiniones públicas de estos países. Así lo demuestra, por ejemplo, un relevante estudio de 2013 del Pew Research Center llevado a cabo en 39 países sobre la aceptación de la homosexualidad²⁶⁶. Sus resultados arrojan una conclusión clara: la homosexualidad está tan aceptada en casi todos los países europeos y americanos -así como en Filipinas y Japón- como es rechazada en la mayoría de países africanos, asiáticos y de mayoría musulmana, además de en Rusia. Sin embargo, también concede algún motivo para la esperanza: en la mayoría de los Estados, los jóvenes tienen una actitud mucho más favorable a la homosexualidad.

6. LAS PERSONAS LGBTI COMO SUJETOS DE DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos de lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales es, al igual que las vidas de muchas de las personas que forman esta comunidad, una historia de lucha contra un poderoso enemigo: un status quo contrario en muchos casos a su propia existencia. Desde que el Tribunal de Estrasburgo decidiera que prohibir a las personas vivir su sexualidad de manera libre no sólo es una regla absurda y anacrónica, sino una verdadera violación de sus derechos humanos, la lucha por el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas LGBTI ha avanzado lenta pero inexorablemente. A pesar de verse ralentizados por la aplicación conservadora de un

²⁶⁵ “Taiwan legalizes same-sex marriage in historic first for Asia”, CNN World del 17 de mayo de 2019, disponible en <https://edition.cnn.com/2019/05/17/asia/taiwan-same-sex-marriage-intl/index.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁶⁶ PEW RESEARCH CENTER, *The Global Divide on Homosexuality*, 2013, disponible en <http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

criterio progresista como es la interpretación dinámica de los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, las pioneras Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvieron un impacto fundamental en la causa de los derechos humanos LGBTI a nivel mundial.

No sólo influyó en la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sino que dio el impulso definitivo al activismo de este colectivo para concentrar sus esfuerzos en la promoción de sus derechos humanos. Los Principios de Yogyakarta son producto de estos esfuerzos redoblados. A pesar de haber recibido críticas tanto desde sectores conservadores como desde posiciones más progresistas, su estrategia de limitarse a reafirmar las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados al ratificar los más relevantes Tratados de Derechos Humanos al tiempo que los aplica a la realidad de las personas LGBTI ha demostrado ser un éxito. Prueba de ello es la gran acogida que su contenido -y muy en particular sus definiciones- ha tenido en las distintas Organizaciones Internacionales centradas en la protección de los derechos humanos, especialmente en la ONU.

El recorrido de las reivindicaciones LGBTI en las Naciones Unidas tampoco ha sido pacífico. A pesar de que los avances jurisprudenciales y la presión desde el activismo consiguieron movilizar a ciertos Estados -la mayoría europeos y latinoamericanos-, lo cierto es que se encontraron con una fuerte oposición por parte de un bloque de Estados religiosos y contrarios a cualquier reivindicación del colectivo LGBTI. Con todo, se han conseguido grandes avances en los últimos años. Las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 17/19, 27/32 y 32/2 suponen grandes hitos en la lucha LGBTI. No sólo reconocen la situación de violencia y discriminación generalizadas contra este colectivo y la obligación de los Estados de respetar sus derechos humanos, sino que incluyen la protección a estas personas entre las prioridades de Naciones Unidas mediante la designación de un Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género.

Sin embargo, la división política entre los Estados Miembros de Naciones Unidas refleja una realidad social: las enormes diferencias en la salvaguarda de los derechos humanos de las personas LGBTI en el mundo. El matrimonio igualitario y la condena a muerte por mantener relaciones con personas del mismo género son los dos extremos de un espectro en el que se incluyen desde los esfuerzos más destacables para garantizar la igualdad de las personas LGBTI a las más variadas y cruentas formas de violencia,

opresión y discriminación a las que son sometidas las personas por su orientación sexual, por su identidad o expresión de género o por sus características sexuales en todas las regiones del planeta.

CAPÍTULO 2: LAS PERSONAS LGBTI EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

Los grandes conflictos armados y las atrocidades cometidas por los regímenes totalitarios en la primera mitad del siglo XX hicieron patente la necesidad de mayores esfuerzos a nivel internacional para proteger a las personas frente a los abusos de sus Estados²⁶⁷. Fruto de esta preocupación fue la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra en 1951 y completada con el Protocolo de Nueva York de 1967 (en adelante “CG51”). Sin embargo, y al igual que los instrumentos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los redactores de la Convención de Ginebra ignoraron en gran medida una dimensión fundamental para entender la violencia de la que eran (son) víctimas miles de millones de personas: el género.

O, más correctamente, el estatuto de refugiado fue conceptualizado desde una óptica condicionada por las experiencias de un único género: el masculino²⁶⁸. En particular, reflejan las de un hombre heterosexual y cisgénero, tres rasgos que conforman al “refugiado por antonomasia” de la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York²⁶⁹. Así puede extraerse de la definición de refugiado que ofrece este Tratado. El artículo 1 A 2) CG51 define como refugiado a toda persona que:

“debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; 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”

²⁶⁷ ORTEGA TEROL, J.M., “Presentación: asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J.; ORTEGA TEROL, J.M., *Inmigración y asilo — problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Sequitur, Madrid, 2010, p. 8.

²⁶⁸ FREEDMAN, J., *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave Macmillan, Basingstoke/Nueva York, 2015, p. 69.

²⁶⁹ BOWMANI, Z., “Queer refuge: the impacts of homoantagonism and racism in U.S. Asylum Law”, *Georgetown Journal of Gender and Law*, Vol. 18-1, 2017, p. 14.

Esta definición ha sido criticada por privilegiar el espacio público frente al privado al configurar un concepto de refugiado centrado en las acciones del Estado y la violación de derechos civiles y políticos (la libertad religiosa o la libertad de expresión, por ejemplo), así como en las actividades colectivas o políticas²⁷⁰. En la dicotomía entre lo público y lo privado²⁷¹, las cuestiones relativas al género, la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales han sido relegadas tradicionalmente a la esfera privada²⁷². Esta compartimentalización entre lo público y lo privado, entre lo político y lo personal, al ser trasladada a la definición de refugiado aboca a ignorar la violencia sufrida por las personas LGBTI, existente en todo el mundo.

No obstante, la inadecuación del marco jurídico de la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York no ha evitado que las personas LGBTI acaben siendo aceptadas como potenciales refugiadas. Aun así, su encaje en la definición no está exento de dificultades. En este capítulo se expondrán los principales problemas a los que se enfrentan las personas LGBTI solicitantes de asilo para reunir todos los elementos de la definición de refugiado de la CG51, a saber:

- encontrarse fuera del territorio de su Estado,
- albergar temores fundados de ser perseguida,
- provenir de un Estado que carezca de la capacidad o voluntad de protegerla frente a dicha persecución y,
- ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

1. LA TERRITORIALIDAD DEL CONCEPTO DE REFUGIADO Y LAS LGBTI

²⁷⁰ BOYD, M., “Gender, refugee status and permanent settlement”, *Gender Issues*, Vol. 17-1, 1999, pp. 8-9; ARBEL, E.; DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J., “Introduction: gender in Refugee Law – from the margins to the centre”, en ARBEL, E.; DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J., *Gender in Refugee Law: From the margins to the centre*, Routledge, Londres/Nueva York, 2014, p. 3.

²⁷¹ CHARLESWORTH, H., “The public/private distinction and the right to development in International Law”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 190-204.

²⁷² Buena prueba de ello es la conceptualización de la orientación sexual y la identidad de género como elementos de la vida privada en la jurisprudencia del TEDH a partir de los casos *Dudgeon* y *Goodwin*, respectivamente. *Vid.* Capítulo 1, 2.1 y 2.2.

De acuerdo con la Convención de Ginebra, únicamente puede ser considerada como refugiada una persona que se encuentre fuera del territorio del Estado del que sea nacional o en el que tuviera su residencia habitual -en el caso de las personas apátridas-. Se trata de un requisito que no admite excepción²⁷³, dejando fuera del ámbito de la CG51 situaciones como la de los desplazados internos. Por tanto, el hecho de encontrarse fuera del territorio de su Estado de origen es intrínseco a la condición de refugiado²⁷⁴.

La Convención no exige que el refugiado haya huido de su Estado de origen. En su redacción en castellano, el artículo 1 CG51 únicamente requiere que la persona “se encuentre fuera del país de su nacionalidad”. Como consecuencia, también pueden ser refugiadas las personas que, por circunstancias surgidas en su país de origen con posterioridad a su salida, no puedan regresar al temer fundadamente que sufrirían persecución motivada en alguna de las razones del art. 1 CG51. Son los llamados refugiados *sur place*²⁷⁵, concepto que incluye también a individuos cuya persecución está motivada en acciones o conductas llevadas a cabo mientras se encontraban fuera de su país de origen y que les impiden volver²⁷⁶, así como a aquellas personas que abandonan su Estado transgrediendo normas que impiden la salida de éste y que prevén sanciones de tal entidad que puedan suponer un acto de persecución a efectos de la CG51²⁷⁷.

1.1. Refugiados *sur place*.

De acuerdo con las directrices de ACNUR²⁷⁸, las personas LGBTI que se encuentran fuera de su Estado de origen por motivos distintos a la persecución pueden convertirse en refugiados *sur place* por muchas razones. Por ejemplo, porque la situación en su país de origen puede haberse deteriorado hasta el punto de que corren el riesgo de sufrir persecución por razón de su orientación sexual o identidad de género. Así ha podido ocurrir, por ejemplo, con las “purgas” que, de acuerdo con organizaciones de Derechos

²⁷³ ACNUR, *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*, Documento HCR/1P/4/SPA/REV. 3, diciembre de 2011, (“*Manual*”), §88.

²⁷⁴ GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 63.

²⁷⁵ ACNUR, *Manual*, §94.

²⁷⁶ *Ibid.* §96.

²⁷⁷ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 77.

²⁷⁸ ACNUR, *Directrices núm.9*, §57.

Humanos²⁷⁹, perpetrado por el gobierno de Chechenia contra hombres gays y bisexuales. Éstas, sumadas a la homófoba²⁸⁰ ley “antipropaganda LGBT” rusa, han creado un ambiente asfixiante para este colectivo en Rusia en los últimos años.

También es posible que una persona LGBTI no se identificara como tal a su llegada al país de asilo o ni siquiera concibiera tal posibilidad. Sería el caso por ejemplo, de un niño nacional de Somalia que llegó a Países Bajos junto a su madre como solicitantes de asilo pero que, ocho años después, presentó una nueva petición sobre la base de que su orientación sexual -de la que fue consciente al crecer- le hacía correr un nuevo riesgo de persecución en Somalia²⁸¹. De modo que es importante que las autoridades decisorias tengan en cuenta que, con frecuencia, los refugiados *sur place* no han experimentado ningún tipo de persecución o discriminación en el pasado. Su conocimiento de las actividades de las personas LGBTI en sus países de origen puede, por tanto, ser muy limitado²⁸².

1.2. Los conceptos de tercer país seguro.

A pesar de que la definición de refugiado se limita a exigir que la persona se encuentre fuera del territorio de su país de origen, existe una tendencia muy asentada -en particular en los Estados del “norte” global- a denegar la protección en caso de que el solicitante pudiera haberla obtenido en otro Estado, es decir, en un “tercer país seguro”. Este concepto surge de la idea insertada en los gobiernos europeos de que la distribución desigual de los solicitantes de asilo entre Estados se debía a un caso de *forum shopping*²⁸³, y se fundamenta en el razonamiento de que la CG51 permitiría a los Estados enviar a los

²⁷⁹ V. gr. LOKSHINA, T., *Anti-LGBT violence in Chechnya*, Human Rights Watch, 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/04/04/anti-lgbt-violence-chechnya>; RUSSIAN LGBT NETWORK, *LGBT Persecution in the North Caucasus: a report*, 2017, disponible en <https://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/chechnya/powerful-new-report-russian-lgbt-network> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

²⁸⁰ Así la ha calificado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bayev. Vid. Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, 20 de junio de 2017.

²⁸¹ Países Bajos, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (División Judicial del Consejo de Estado), no. 200305027/1, de 3 de octubre de 2003, citada en JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 66.

²⁸² LAVIOLETTE, N., *Sexual orientation, gender identity and the refugee determination process in Canada*, Immigration and Refugee Board, 2015, p. 36.

²⁸³ EL ENANY, N., “The safe country concept in European Union Asylum Law: in safe hands?”, *Cambridge Student Law Review*, Vol. 1, 2006, p. 6.

solicitantes a otros países siempre que dicha devolución no contraría el principio de *non refoulement*²⁸⁴.

El concepto de tercer país seguro se presenta de dos formas²⁸⁵: 1) como “primer país de asilo”, es decir, como un Estado tercero en el que el solicitante ya ha obtenido la protección y 2) como “tercer país seguro” en sentido estricto, esto es, un Estado con el que el solicitante tiene algún tipo de conexión y en el que podría haber presentado su solicitud. Si bien ambos plantean dudas sobre su adecuación a la CG51²⁸⁶, lo cierto es que el ACNUR ha admitido su aplicación siempre y cuando en el tercer Estado se garantice una “protección efectiva”²⁸⁷.

Las Conclusiones de una mesa redonda de expertos auspiciada por el ACNUR en 2002²⁸⁸ recogen como elementos de dicha protección efectiva los siguientes:

- que el solicitante no albergue temores fundados de persecución por un motivo de la CG51,

- que el tercer Estado respete los Derechos Humanos fundamentales de acuerdo con los estándares internacionales; en particular, la prohibición de la tortura y tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida y el derecho a no ser privado de libertad sin un proceso con las garantías debidas,

- que no exista riesgo de que el solicitante sea enviado desde ese tercer país a otro en el que no se respeten,

- que el tercer Estado haya aceptado expresamente el reenvío del solicitante,

²⁸⁴ FOSTER, M., “Responsibility sharing or shifting? ‘Safe’ third countries and International Law”, *Refuge*, Vol. 25-2, 2008, p. 66.

²⁸⁵ MORENO-LAX, V., “The legality of the ‘safe third country’ notion contested: insights from the Law of Treaties”, en GOODWIN-GILL, G.S.; WECKEL, P. (eds.), *Migration & Refugee protection in the 21st Century: legal aspects*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2015, pp. 668-669.

²⁸⁶ Para una discusión en profundidad de su legalidad, *vid.* MORENO-LAX, V., “The legality of the ‘safe third country...’” *cit. supra*, y FOSTER, M., “Responsibility sharing or shifting...” *cit. supra*.

²⁸⁷ ACNUR, *Considerations on the ‘safe third country’ concept*, 1996, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3268.html>. No debe confundirse con la protección efectiva del Estado de origen, analizada en el epígrafe 4 del presente Capítulo.

²⁸⁸ ACNUR, *Summary Conclusions on the Concept of “Effective Protection” in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers*, 2002, disponible en <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f323d7/lisbon-expert-roundtable-summary-conclusions-concept-effective-protection.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

- que el tercer Estado haya accedido a la CG51 y el Protocolo de Nueva York, o que demuestre haber desarrollado una práctica equivalente al régimen protector de estos instrumentos,

- que el tercer Estado garantice el derecho a acceder a un proceso justo y eficaz para la determinación del estatuto de refugiado,

- que la persona solicitante tiene acceso a los medios de subsistencia necesarios para mantener un estándar adecuado de vida,

- que el tercer Estado tenga en cuenta cualquier circunstancia especial que convierta al solicitante en vulnerable.

Las *Directrices núm. 9* de ACNUR no incluyen ninguna mención a los conceptos de tercer país seguro en relación con las personas LGBTI. En nuestra opinión, deberían desaconsejar su aplicación, como mínimo, a aquellos Estados que no reconozcan el estatuto de refugiado por motivos de orientación sexual o identidad de género. También deberían recomendar que no se considere como poco creíble una solicitud de asilo por el mero hecho de no haberla presentado en un tercer país considerado como seguro, pues en muchos casos los solicitantes LGBTI desconocen la posibilidad de poder solicitar el asilo²⁸⁹. Sin embargo, el gran problema que plantean estos conceptos en el caso de los solicitantes de asilo LGBTI reside en la información sobre terceros países de la que dispone el Estado de acogida, ya que no suele reflejar la situación de este colectivo con la calidad necesaria²⁹⁰.

2. EL TEMOR FUNDADO A SUFRIR PERSECUCIÓN: LA CREDIBILIDAD DE LAS PERSONAS LGBTI SOLICITANTES DE ASILO

El elemento central de la definición de refugiado del artículo 1 A 2) CG51 y el que verdaderamente distingue a los refugiados de la Convención de cualquier otro migrante forzoso, es la razón por la cual se han visto obligados a abandonar su Estado de origen: el temor fundado a sufrir persecución. Se distinguen en este elemento dos componentes que merecen un análisis separado: el temor fundado -objeto de estudio en este epígrafe- y la persecución.

²⁸⁹ YOUNG, J., “The alternate refuge concept: a source of systematic disadvantage to sexual minority refugee claimants”, *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 60, 2010.

²⁹⁰ *Vid.* epígrafe 2.2.3 del presente Capítulo.

2.1. Criterios para determinar el temor fundado a sufrir persecución.

Tal y como recoge el Manual de ACNUR²⁹¹, la aparición del “temor fundado” como elemento de la definición de refugiado supuso un cambio fundamental con respecto a los anteriores instrumentos de protección internacional, pues éstos se centraban en proteger a personas de ciertas nacionalidades²⁹². Habitualmente se ha entendido como la suma de dos elementos. De un lado, un elemento subjetivo consistente en el miedo experimentado por el solicitante de asilo, el estado mental en el que se encuentra una persona aterrada y ansiosa por la probabilidad de ser perseguida²⁹³. De otro, un elemento objetivo referido al riesgo potencial de sufrir persecución al que se vería expuesto el solicitante de asilo en su país de origen. Este criterio bipartito²⁹⁴ es el preferido por el ACNUR²⁹⁵, siendo apoyado tradicionalmente por la jurisprudencia anglosajona²⁹⁶ y parte de la doctrina²⁹⁷. No obstante, ha suscitado críticas por parte de un sector de la doctrina que considera que el temor fundado debe ser valorado de manera eminentemente objetiva²⁹⁸.

El criterio bipartito ignora la dificultad -o directamente imposibilidad- de valorar de forma precisa el estado de ánimo de una persona²⁹⁹, una ardua tarea que resulta incluso

²⁹¹ ACNUR, *Manual*, §37.

²⁹² Para un estudio más profundo del origen del temor fundado como elemento de la definición de refugiado en la Convención de Ginebra, *Vid.* COX, T. N., “‘Well-founded fear of being persecuted’: the sources and application of a criterion of refugee status”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 10-2, 1984, pp. 333-379; GUNNING, I. R., “Expanding the international definition of refugee: a multicultural view”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 13-1, 1989, pp.35-85; KARATANI, R., “How History separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17-3, 2005, pp. 517-541.

²⁹³ SHIMADA, Y., “The concept of political refugee in International Law”, *Japanese Annuary of International Law*, Vol. 19, 1975, p. 33.

²⁹⁴ Término extraído de ADJIN-TETTEY, E., “Reconsidering the criteria for assessing well-founded fear in Refugee Law”, *Manitoba Law Journal*, Vol. 25-1, 1997, pp. 127-151.

²⁹⁵ ACNUR, *Manual*, §37-50.

²⁹⁶ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 91.

²⁹⁷ Llegando autores como COX a considerar el elemento subjetivo como el más importante de los dos, *vid.* COX, T. N., “‘Well-founded fear...’”, cit. supra, p. 352.

²⁹⁸ “(...) this bipartite approach to the definition of “well-founded fear” (...) is neither desirable as a matter of principle, nor defensible as a matter of international law. The concept of well-founded fear is rather inherently objective”, HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 92.

²⁹⁹ Para un estudio en profundidad de la gran diversidad de factores que influyen en la conducta de una persona ante el miedo, consultar CAMERON, H. E., “Risk theory and ‘subjective fear’: the role of risk perception, assessment and management in refugee status determination”, *International Journal of Refugee Law*, 20-4, 2008, pp. 567-585.

más complicada en el caso de las solicitantes de asilo³⁰⁰. Ante esta incapacidad de demostrar el miedo, se ha tratado de objetivar el elemento subjetivo recurriendo a supuestos indicios de que el solicitante de asilo no padece el terror necesario para ser considerado refugiado³⁰¹. Así, se asume que quienes temen realmente sufrir persecución abandonarían su Estado de origen en cuanto se les presentara la oportunidad, pedirían protección en el primer país seguro al que llegaran y no volverían a su país por ningún motivo. Sin embargo, se trata de presunciones que no tienen en cuenta la gran cantidad de evidencias antropológicas, sociológicas y psicológicas que apuntan a que el miedo no provoca la misma reacción en todas las personas, y que conductas que *a priori* indicarían que el solicitante no siente miedo pueden estar justificadas por múltiples razones³⁰². El ACNUR reconoce esta realidad en su Manual al aseverar que “una evaluación del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas”³⁰³.

No obstante, se trata de una recomendación insuficiente, pues ignora que la variedad de reacciones ante el miedo no se debe únicamente a diferencias en la psique. Habitualmente, los solicitantes de asilo proceden de países cuyas culturas difieren enormemente de la cultura predominante en el Estado de acogida, lo que lleva en muchas ocasiones a valorar la respuesta al miedo desde una perspectiva occidental que genera consecuencias indeseables³⁰⁴. Estos prejuicios pueden afectar también a la valoración de las solicitudes presentadas por miembros de ciertos colectivos de los que se espera un determinado comportamiento, como ocurre con las personas LGBT; por ejemplo, que actúen dentro de lo que, según los cánones de género establecidos, se considere “femenino” o “masculino”, confluyendo así tanto estereotipos marcadamente

³⁰⁰ HATHAWAY, J.C.; HICKS, W. S., “Is there a subjective element in the Refugee Convention’s requirement of ‘well-founded fear’?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26-2, 2005, p. 517.

³⁰¹ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 96.

³⁰² *Ibid.* p. 568; CAMERON, H. E., “Risk theory and ‘subjective fear’...”, cit. supra.

³⁰³ ACNUR, *Manual*, §40.

³⁰⁴ ADJIN-TETTEY, E., “Reconsidering the criteria...”, cit. supra, p. 131.

occidentales con otros que podrían considerarse incluso homófobos³⁰⁵. Por tanto, compartimos la conclusión de Cameron de que

“judgements about risk perception, assessment and management simply do not provide a solid basis for a life and death decision”³⁰⁶.

Con el fin de evitar los efectos perniciosos del criterio bipartito, Hathaway y Foster defienden entender el “temor” no como un estado emocional sino como el resultado de valorar los posibles riesgos futuros de sufrir persecución que asumiría la persona solicitante de permanecer en su Estado de origen³⁰⁷. Partiendo del principio de reparto de la carga de la prueba contenido en el *Manual*³⁰⁸, este criterio objetivo se fundamentaría en dos pilares: el testimonio y las pruebas aportadas por el solicitante y la información de su país de origen de la que disponga el Estado de acogida. No obstante, “las declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto de la situación pertinente [en su país de origen]” que es “un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona”³⁰⁹.

2.2. La credibilidad de los solicitantes de asilo LGBTI como elemento central de su solicitud.

Aunque no existe ninguna mención a la credibilidad del solicitante de asilo en la definición de refugiado, el *Manual* considera “indispensable” valorar hasta qué punto es creíble su relato de los hechos³¹⁰. Normalmente, los solicitantes de asilo no disponen de documentos u otros medios de prueba distintos de sus propias declaraciones para fundamentar su petición, lo que convierte su credibilidad en la piedra de toque para valorar la existencia de un temor fundado a sufrir persecución³¹¹. En el caso de las personas solicitantes de asilo LGBTI, el examen de su credibilidad reviste una

³⁰⁵ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 57; VOGLER, S., “Legally Queer: the construction of sexuality in LGBQ Asylum Claims”, *Law & Society Review*, Vol. 50-4, 2016, pp. 856-889.

³⁰⁶ CAMERON, H. E., “Risk theory and ‘subjective fear’...” cit. supra, p. 585 *in fine*.

³⁰⁷ HATHAWAY, J.C.; HICKS, W. S., “Is there a subjective element ...”, cit. supra, p. 535.

³⁰⁸ “(...) aun cuando, en principio, la carga de la prueba incumbe al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y al examinador”, ACNUR, *Manual*, §196.

³⁰⁹ ACNUR, *Manual*, §42.

³¹⁰ *Ibid.*, §41

³¹¹ KAGAN, M., “Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 17, 2002-2003, p. 367.

importancia todavía mayor ya que su testimonio será casi siempre el único medio de prueba³¹².

Dicho examen constituye el proceso de recopilar información relevante del solicitante, examinarla a la luz de toda la información de la que disponga la autoridad decisoria y determinar si su testimonio sobre el fondo de su solicitud es aceptable para que se le reconozca el estatuto de protección internacional correspondiente³¹³. De acuerdo con el ACNUR, “las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos”³¹⁴, de modo que “la credibilidad queda establecida cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y plausible y, por tanto, es susceptible de ser creída”³¹⁵, si bien no indica cómo deben ser valoradas la verosimilitud y la coherencia de su testimonio.

2.2.1. La verosimilitud de las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual o identidad de género.

La falta de definición de estos conceptos ha provocado que, en ocasiones, las autoridades encargadas de decidir sobre una solicitud de asilo se basen en suposiciones sobre el comportamiento de las personas en lugar de en estándares objetivos y predefinidos para dar verosimilitud a un testimonio³¹⁶. La gran diversidad presente entre los solicitantes de asilo desaconseja que un juicio sobre su credibilidad se base en meras especulaciones, las cuales no son sino el fruto de asumir la cultura y vivencias propias como valores universales³¹⁷. No sólo se presupone en los solicitantes de asilo una determinada reacción ante el riesgo de persecución, sino que se les cuestiona por su conocimiento sobre lo que la autoridad decisoria considera relevante para alguien en su situación. Por ejemplo se asume que un miembro de una determinada comunidad religiosa

³¹² ACNUR, *Directrices núm. 9*, §64.

³¹³ ACNUR, *Beyond proof: credibility assessment in EU asylum systems*, 2013, p. 27.

³¹⁴ ACNUR, *Manual*, §204.

³¹⁵ ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2011, §10, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³¹⁶ MILLBANK, J., “‘The Ring of Truth’: a case study of credibility assessment in particular social group refugee determinations”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21-1, 2009, p. 16.

³¹⁷ HERLIHY, J.; GLEESON, K.; TURNER, S., “What assumptions about human behaviour underlie asylum judgement?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-3, pp. 351-366.

tendría cierto nivel de conocimientos doctrinales sobre sus creencias³¹⁸ o que una mujer no huiría dejando atrás a sus familiares³¹⁹.

Estas suposiciones resultan especialmente gravosas para las personas LGBTI solicitantes de asilo, pues a menudo reflejan los estereotipos y prejuicios que una sociedad alberga sobre este colectivo. Por ejemplo, se asume la promiscuidad como indicador de una orientación sexual no heterosexual³²⁰ -una idea que condiciona de manera muy dañina la opinión sobre las personas LGBTI y sus derechos humanos³²¹- o que es imposible para una persona LGBTI de un Estado opresor ser feliz en el seno de una relación de pareja homosexual³²².

Para este colectivo, el procedimiento de asilo se convierte a menudo en una evaluación de su orientación sexual o su identidad de género. Si éstas son analizadas a través de un prisma de estereotipos, se incentiva que los solicitantes adecúen sus declaraciones a las expectativas que la sociedad occidental tiene de una persona LGBTI. A la vez, se corre el riesgo de excluir a aquellas personas cuyas experiencias no respondan a dichos prejuicios³²³. No obstante, adoptar una decisión basada en estereotipos es una tentación difícil de resistir por cuanto las experiencias de las personas con sexualidades o identidades no normativas “deben ser legibles en los registros dominantes”³²⁴, es decir, deben responder a las ideas más extendidas en las sociedades de los países de acogida sobre las personas LGBTI para ser comprendidas por las autoridades de asilo.

³¹⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 141.

³¹⁹ SPIJKERBOER, T., *Gender and refugee status*, Spijkerboer 1999/2000, p. 55, disponible en <http://thomasspijkerboer.eu> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³²⁰ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 55.

³²¹ PINSOFF, D.; HASELTON, M. G., “The effect of promiscuity stereotype on opposition to gay rights”, *Public Library of Science ONE*, Vol. 12-7, 2017, disponible en <https://dx.doi.org/10.1371%2Fjournal.pone.0178534> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³²² BERG, L.; MILLBANK, J., “Constructing the personal narratives of lesbian, gay and bisexual asylum claimants”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 22-2, 2009, p. 214. Una idea que reproduce concepciones colonialistas del Occidente/Norte civilizado y el Oriente/Sur bárbarico, cruel y violento, y que sirve a su vez para justificar la construcción del Otro en contraposición a los ciudadanos occidentales, Vid. TSCHALAER, M., “Between queer liberalisms and Muslim masculinities: LGBTQI+ Muslim asylum assessment in Germany”, *Ethnic and Racial Studies*, 2019, disponible en <https://doi.org/10.1080/01419870.2019.1640378> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019), p. 11; SPIJKERBOER, T., “Gender, sexuality, asylum and European Human Rights”, *Law Critique*, Vol. 29, 2018, pp. 223.

³²³ TSCHALAER, M., “Between queer liberalisms and Muslim masculinities...”, cit. supra., pp. 5-6.

³²⁴ HERTOOGHS, M.; SCHINKEL, W., “The state’s sexual desires: the performance of sexuality in the Dutch asylum procedure”, *Theory and Society*, Vol 47-6, 2018, p. 711.

Sin embargo, las vivencias de las personas LGBTI pueden variar enormemente, no solo entre distintos países, culturas o regiones, sino también en el seno de una misma comunidad. Ante esta realidad, ACNUR insiste en la necesidad de que la autoridad decisoria mantenga un enfoque eminentemente objetivo y no fundamente sus conclusiones sobre la credibilidad de una persona en percepciones estereotipadas, inexactas o inapropiadas sobre el colectivo LGBTI³²⁵. Además, la objetividad del juez o funcionario que adopta la decisión sobre una solicitud de asilo se ve afectada por su capacidad de concentrarse o distraerse, sus propias circunstancias o su estado de ánimo³²⁶, por lo que una formación especializada que incida en que el órgano decisorio tome conciencia de su propia subjetividad resulta esencial, especialmente al analizar experiencias muy diferentes de las propias -como puede ser el caso con las personas LGBTI solicitantes de asilo³²⁷-.

En ocasiones, se ha negado la credibilidad de un solicitante de asilo LGBTI basándose en la idea de que nunca se referiría a sí misma con un término considerado despectivo en la sociedad de acogida³²⁸. Esta idealización de las personas LGBTI ignora que los términos considerados “apropiados” en las sociedades occidentales no dejan de ser conceptos específicos de una cultura, tiempo y lugar determinados³²⁹. Además, palabras de uso común en Europa como “homosexual” o “gay” son utilizadas en algunos Estados exclusivamente como insulto³³⁰. Y tampoco puede obviarse el papel que la apropiación de términos como “queer”, “bollera” o “maricón” ha jugado en la

³²⁵ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §60-ii.

³²⁶ Tanto desde el ámbito de la psicología como del estudio de la jurisprudencia y práctica jurídica en ciertos Estados. Vid. ACNUR, *Beyond proof: credibility assessment...*, cit. supra, p. 75.

³²⁷ ACNUR, *Directrices núm. 9*, par. 60-iii, iv.

³²⁸ “Por lo que se refiere a la pretendida homosexualidad del solicitante, además de que cuando efectuó su solicitud de asilo se definió a sí 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”, España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 1399/2007, de 19 de diciembre de 2008.

³²⁹ NANDA, S., *Gender diversity: crosscultural variations*, cit. supra.

³³⁰ EASO, *Researching the situation of lesbian, gay and bisexual persons (LGB) in countries of origin*, 2015, (“*Researching LGB*”), p. 14, disponible en <https://www.easo.europa.eu/news-events/easo-practical-guide-researching-situation-lesbian-gay-and-bisexual-persons-lgb> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

construcción del colectivo LGBTI en tanto que comunidad política y social o su frecuente utilización como seña identitaria³³¹.

Con frecuencia se ha rechazado la credibilidad de solicitantes LGBTI por haberse casado previamente en un matrimonio heterosexual o por haber tenido hijos³³². Estas decisiones se basan en la creencia de que la orientación sexual y/o identidad de género son inmutables durante la vida y que todas las personas LGBTI son conscientes de su condición a una edad y de una forma similares, siendo ambos tópicos desmentidos por la psicología actual³³³. Además, al mantener este criterio se ignoran la realidad de los matrimonios forzados, la necesidad de muchas personas LGBTI de llevar una doble vida en sus países de origen³³⁴ o la propia existencia de la bisexualidad³³⁵. Por estos motivos, el ACNUR recomienda no deducir que un solicitante de asilo miente sobre su orientación sexual por el mero hecho de haber contraído matrimonio o tener hijos -tanto en el Estado de origen como en el de asilo-³³⁶.

Además de los anteriores, es posible encontrar múltiples casos en los que las autoridades decisorias han recurrido a estereotipos perjudiciales para este grupo de solicitantes. Así, se ha considerado contradictorio que un hombre homosexual acate el servicio militar obligatorio³³⁷ o lo superara sin sufrir problemas serios por serlo³³⁸. Se ha

³³¹ BRONTSEMA, R., “A queer revolution: reconceptualizing the debate over linguistic reclamation”, *Colorado Research in Linguistics*, Vol. 17, 2004, pp. 1-17; BIANCHI, C., “Slurs and appropriation: an echoic account”, *Journal of Pragmatics*, Vol. 66, 2014, pp. 35-44.

³³² JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 58; CHOI, V., “Living discreetly: A Catch 22 in refugee status determinations on the basis of sexual orientation”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 36-1, 2010, p. 260.

³³³ DIAMOND, L., “Concepts of female sexual orientation”, p. 7; DWORKIN, S., “Bisexual identities”, p. 34; SÁNCHEZ, F.J.; VILAIN, E., “Transgender identities: research and controversies”, p. 44, todas en PATTERSON, C.J; D’AUGELLI, A., *Handbook of psychology and sexual orientation*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

³³⁴ ACNUR, *Directrices Núm. 9*, §10.

³³⁵ Una sentencia neozelandesa ofrece un ejemplo de buenas prácticas en este sentido. En lugar de asumir que las relaciones de la solicitante con hombres minaban su credibilidad, entendió -a la luz del conjunto de pruebas con las que contaba- que se trataba de una mujer bisexual que podía sufrir persecución en Zimbabwe por razón de su orientación sexual. Vid. Nueva Zelanda, Immigration and Protection Tribunal, *AT (Zimbabwe)*, [2015] NZIPT 800798, de 21 de diciembre de 2015.

³³⁶ ACNUR, *Directrices Núm. 9*, §63-vi.

³³⁷ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 61.

³³⁸ España, Tribunal Supremo, STS 2742/2011, de 27 de marzo de 2012. En esta sentencia, el tribunal considera que el relato del solicitante no era creíble porque no lo es que un homosexual “no tuviera problemas serios en el ejército” en un “régimen que castiga tan duramente la homosexualidad” como es Irán. Sin embargo, acto seguido le reprocha no haber acudido a las autoridades iraníes tras sufrir amenazas por ser homosexual, a pesar de que el propio tribunal reconoce la represión que dichas autoridades ejercen.

asumido que la solicitante únicamente habría iniciado una relación con otra mujer al “no tener otra opción” en prisión³³⁹ o que, si realmente fuera homosexual, habría expresado mucho más abiertamente su orientación sexual en el país de acogida³⁴⁰. También, que un adolescente sabría que es homosexual y se identificaría como tal tras besar a una persona de su mismo género³⁴¹, lo que ignora que cada persona toma conciencia de su orientación sexual o identidad de género de manera diferente³⁴².

Los prejuicios son especialmente dañinos cuando se valora la credibilidad del solicitante según su lenguaje no verbal, su estado de ánimo o su elocuencia al declarar, criterios particularmente poco fiables incluso cuando no existen grandes diferencias entre entrevistador y entrevistado³⁴³. Basar la credibilidad de una persona en su comportamiento durante la entrevista implica ignorar la influencia que tienen en él factores como el shock cultural sufrido por muchos solicitantes de asilo en su país de acogida³⁴⁴, el síndrome de estrés postraumático³⁴⁵, la homofobia interiorizada³⁴⁶, el miedo

³³⁹ “We find that as a healthy, energetic and engaged young woman in such institutions she had and took the opportunity to continue her experimentations with her sexual identity: indeed, there was no alternative except celibacy.” *Vid.* Reino Unido, Court of Appeal (England and Wales), *NR (Jamaica) v SSHD*, Case No: C5/2009/0913, de 5 de agosto de 2009. La sentencia apelada llega incluso a declarar sin ninguna justificación que la relación que la apelante -una solicitante de asilo jamaicana- mantenía con otra mujer no era “genuina”, sino el fruto de “manipulaciones” para favorecer su solicitud.

³⁴⁰ “(...) he has expressed his sexuality in Australia in a very limited way which seems at odds with the applicant having the freedom to express that sexuality”, *Vid.* Australia, Administrative Appeals Tribunal, *1415903 (Refugee) [2015]*, AATA 3601, de 27 de octubre de 2015, §43. No obstante, debe señalarse que, en este caso, el tribunal tenía otras razones de peso para dudar de la credibilidad del solicitante.

³⁴¹ Irlanda, High Court, *P.M. v. Refugee Appeals Tribunal and the Minister of Justice, Equality and Law Reform, the Attorney General and Ireland*, [2014] IEHC 497, de 2 de octubre de 2014, §11. Un ejemplo de buenas prácticas sería una sentencia belga en la que se afirma que “le requérant est très jeune, il avait tout juste dix-huit ans lors de son audition par la partie défenderesse, et que son identité sexuelle est toujours en construction”, *Vid.* Bélgica, Conseil du Contentieux des Etrangers, *Affaire 212755/I*, arrêt n° 220190, de 24 de abril de 2019, §4.2.1.4.3.2.

³⁴² CONNELLY, E., “Queer, beyond a reasonable doubt: refugee experiences of ‘passing’ into ‘membership of a particular social group’”, *UCL Migration Research Unit Working Papers*, núm. 2014/3, 2014, pp. 8-11.

³⁴³ KAGAN, M., “Is truth...”, *cit. supra*, p. 379.

³⁴⁴ “The ‘bewildering, confusing, depressing, anxiety-provoking, humiliating, embarrassing and generally stressful’ situation of persons who move from one culture to another (...) the experience of culture shock obviously can gravely impair the applicant’s ability to make a forceful statement”, KÄLIN, W., “Troubled communication: cross-cultural misunderstandings in the asylum-hearing”, *The International Migration Review*, Vol 20-2, 1986, p. 232, citando a FURNHAM, A.; BOCHNER, S., “Social difficulty in a foreign culture: an empirical analysis of culture shock”, en BOCHNER, S. (ed.), *Cultures in contact*, Pergamon Press, Oxford/Nueva York/Toronto, 1982, pp. 161-198.

³⁴⁵ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, *cit. supra*, p. 141.

³⁴⁶ BERG, L.; MILLBANK, J., “Constructing the personal narratives...”, *cit. supra*, p. 200.

a las autoridades³⁴⁷ o las diferencias generacionales, culturales, sociales o de identidad de género u orientación sexual.

La evaluación de una solicitud de asilo no debe tener en cuenta la opinión -no experta y estereotipada- que la autoridad decisoria se haya formado sobre los rasgos o comportamientos que supuestamente caracterizan a una determinada orientación sexual o identidad de género, desterrando cualquier estereotipo sobre su comportamiento “femenino” o “masculino”³⁴⁸ o la forma “normal” de demostrar afecto a su pareja³⁴⁹. Las personas LGBTI no actúan de forma idéntica ni siquiera dentro del mismo país, región o cultura, por lo que deben ser desterrados los análisis sobre su lenguaje no verbal, su actitud o su vestimenta. Al contrario de lo que parece pensar en ocasiones el personal encargado de evaluar una solicitud, no hay un “aspecto gay” universal³⁵⁰. Como consecuencia de esta idea, los estereotipos sobre las personas LGBTI a menudo entran en conflicto con prejuicios sexistas y racistas. Por ejemplo, cuando se cuestiona la homosexualidad de hombres musulmanes -percibidos como machistas y masculinos³⁵¹-, o de las mujeres asiáticas -estereotipadas como serviles y sometidas al hombre³⁵²-.

Por tanto, en aras de evitar la arbitrariedad en la adopción de decisiones y dotar de seguridad jurídica al procedimiento de asilo, la resolución final no debería estar motivada en la actitud, la claridad del discurso o el lenguaje no verbal del solicitante de asilo ni en estereotipos y prejuicios sobre las personas LGBTI, pues inevitablemente reflejaría los prejuicios, opiniones, experiencias personales y normas culturales del órgano decisorio³⁵³.

³⁴⁷ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 145.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 142.

³⁴⁹ MILLBANK, J., “‘The Ring of Truth’...”, cit. supra, p. 7. El ACNUR considera “inapropiado” exigir al solicitante de asilo y su pareja que demuestren físicamente su relación de alguna forma durante la entrevista, *Vid. ACNUR, Directrices núm. 9*, §64.

³⁵⁰ “In his oral ruling, the IJ [“Immigration Judge”] Razkane’s ‘appearance does not have anything about it that would designate him as being gay. He does not dress in an effeminate manner or affect any effeminate mannerisms”, *Vid.*, Estados Unidos, US Court of Appeals for the Tenth Circuit, *Tarik Razkane v. Eric H. Holder, Jr., United States Attorney General*, 08-9519, de 21 de abril de 2009.

³⁵¹ TSCHALAER, M., “Between queer liberalisms and Muslim masculinities...”, cit. supra.

³⁵² MORGAN, D., “Not gay enough for the government: racial and sexual stereotypes in sexual orientation asylum cases”, *Law & Sexuality: Review of Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, vol. 15, 2006, p. 149.

³⁵³ *Vid. ACNUR, Beyond proof: credibility assessment...*, cit. supra, p. 186.

En su lugar, las *Directrices núm. 9* del ACNUR proponen explorar las “percepciones personales, sentimientos y experiencias de diferencia, estigma y vergüenza del solicitante”³⁵⁴, remitiendo así al conocido como “modelo DSSH” (“Difference, Stigma, Shame and Harm”)³⁵⁵. De acuerdo con los proponentes de este modelo, aunque las circunstancias de las personas LGBTI varían enormemente, sus historias suelen compartir cuatro rasgos básicos³⁵⁶:

- Diferencia: Dado que todas las sociedades del mundo son heteronormativas, con frecuencia las personas LGBTI se sienten distintas en algún momento de sus vidas. Este sentimiento puede experimentarse en cualquier momento de la vida y no necesariamente como un “punto de inflexión” ante algún hecho, sino que puede ser el resultado de un proceso de autoconocimiento. Por lo general, comienza cuando la persona es consciente de que no es igual a su familia u otras personas próximas, y culmina cuando descubre que es diferente al resto de la sociedad³⁵⁷.
- Estigma: La disconformidad con los roles de género predominantes en una sociedad y momentos concretos suele llevar aparejada un gran reproche social. En ciertos Estados, la estigmatización no sólo tiene efectos directos en las personas LGBTI -como, por ejemplo, en su salud mental³⁵⁸-, sino que también puede implicar su exclusión de los servicios básicos³⁵⁹ o la pérdida de cualquier

³⁵⁴ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §62.

³⁵⁵ GYULAI, G. (ed.) *et al.*, *Credibility assessment in asylum procedures – a multidisciplinary training manual. Volume 2*, Hungarian Helsinki Committee, Budapest, 2015; DAWSON, J.; GERBER, P., “Assessing the refugee claims of LGBTI people: is the DSSH model useful for determining claims by women for asylum based on sexual orientation”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29-2, 2017, pp. 292-322; ACNUR & OIM, *LGBTI Training Package – Module 2: Facilitation Guide*, 2016, (“LGBTI Module 2: Facilitation Guide”) disponible en <https://lgbti.iom.int/lgbti-training-package> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³⁵⁶ GYULAI, G. (ed.) *et al.*, *Credibility assessment in asylum procedures...*, cit. supra, pp. 77-84.

³⁵⁷ ACNUR & OIM, *LGBTI Module 2: Facilitation Guide*, cit. supra, p. 17. Este manual advierte, no obstante, de que el término “diferencia” puede tener connotaciones negativas, por lo que debe ser usado sensiblemente, *Vid. Ibid.*

³⁵⁸ KERTZNER, R.M. *et al.*, “Social and psychological well-being in lesbians, gay men, and bisexuals: the effects of race, gender, age and sexual identity”, *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 79-4, 2009, pp. 500-510; PUCKETT, J.A. *et al.*, “Coping with discrimination: the insidious effects of gender minority stigma on depression and anxiety in transgender individuals”, *Journal of Clinical Psychology*, Vol. 75-11, 2019, disponible en <https://doi.org/10.1002/jclp.22865> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

³⁵⁹ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §57

red de apoyo -particularmente, cuando es su propia familia quien perpetra la persecución³⁶⁰-.

- Vergüenza: Se trata de una consecuencia natural del estigma derivada de la internalización de la desaprobación por su familia, su entorno o la sociedad en conjunto³⁶¹, y lleva a la personas LGBTI a diseñar estrategias para ocultar su diferencia y evitar el reproche social o legal.

- Daño: Si bien los tres elementos anteriores pueden ser experimentados por personas LGBTI de todo el mundo, el temor de sufrir un daño por razón de su orientación sexual, expresión o identidad de género o características sexuales es un rasgo propio de los refugiados LGBTI.

De acuerdo con el modelo DSSH, las entrevistas a las personas solicitantes de asilo LGBTI deben tener como objetivo valorar si estas cuatro características están presentes en su relato y de qué manera. Al centrar las preguntas en lo que hace al solicitante diferente a su sociedad en los distintos ámbitos de su vida, la autoridad decisoria puede evitar recurrir a estereotipos y prejuicios sobre las personas LGBTI. El objetivo del test de credibilidad no es demostrar que el solicitante de asilo es o no una persona LGBTI, sino analizar los riesgos a los que se expondría si volviera a su Estado de origen³⁶².

2.2.2. Evaluación de la coherencia de las declaraciones de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

Según el ACNUR, la credibilidad de las declaraciones del solicitante se valorará no sólo por su verosimilitud sino también por su coherencia³⁶³. En definitiva, se trata de que su testimonio no sea contradictorio ni con lo que ha declarado anteriormente -coherencia interna- ni con la información sobre la situación en el país de origen de la que dispone la autoridad decisoria -coherencia externa-.

En lo que respecta a la coherencia interna, exige que sus declaraciones no varíen entre sí con independencia de la fase del procedimiento en que las formule. *A priori* podría parecer un criterio bastante lógico, pues con frecuencia se asume que las dificultades para

³⁶⁰ GYULAI, G. (ed.) *et al.*, *Credibility assessment in asylum procedures...*, cit. supra, p. 81.

³⁶¹ *Ibid.*; EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §61.

³⁶² ACNUR, *Manual*, §32.

³⁶³ *Ibid.*, §204.

mantener un mismo discurso a lo largo del tiempo son un indicio de mentira. Sin embargo, se trata de una presunción muy extendida pero sin una base científica que la sustente³⁶⁴. Existen numerosos factores que influyen de manera decisiva en la memoria de las personas y pueden provocar inconsistencias en sus declaraciones que las hagan poco creíbles a ojos de la autoridad decisoria sin ser, necesariamente, pruebas de su falsedad³⁶⁵.

Entre dichos factores destaca el trastorno de estrés postraumático (TEPT), una enfermedad mental a la que tanto las personas refugiadas³⁶⁶ como las LGBTI³⁶⁷ se encuentran especialmente expuestas. Los recuerdos de una experiencia traumática son diferentes de los que se registran de manera cotidiana, y no siempre pueden ser rememorados siguiendo una narrativa coherente³⁶⁸. A menudo, las personas solicitantes de asilo que sufren de enfermedades como TEPT o depresión tienen problemas para recordar hechos específicos sobre la persecución que han sufrido o son incapaces de hablar de ella³⁶⁹. Por tanto, el personal encargado de examinar una solicitud de asilo debe ser consciente de que un cierto nivel de incoherencia es plausible, especialmente en el caso de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

Las declaraciones de este colectivo también pueden ser consideradas poco creíbles por falta de coherencia cuando no revelan su orientación sexual o identidad de género en su primer contacto con las autoridades del Estado de asilo, sino que lo hacen en un momento posterior del procedimiento. Es posible incluso que incoaran una solicitud de protección internacional por motivos falsos o débiles para, posteriormente, alegar la razón real³⁷⁰. La reticencia a revelar la propia orientación sexual o identidad de género puede

³⁶⁴ COHEN, J., “Questions of credibility: omissions, discrepancies and errors of recall in the testimony of asylum seekers”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13-3, 2002, pp. 293-309.

³⁶⁵ CAMERON, H.E., “Refugee status determinations and the limits of memory”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-4, 2010, pp. 469-511.

³⁶⁶ HAMEED, S.; SADIQ, A.; DIN, A.U., “The increased vulnerability of refugee population to mental health disorders”, *Kansas Journal of Medicine*, Vol. 11-1, 2018, pp. 20-23.

³⁶⁷ RUSSELL, S.T.; FISH, J.N., “Mental health in lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) Youth”, *Annual Review of Clinical Psychology*, Vol. 12, pp. 465-487.

³⁶⁸ HERLIHY, J.; TURNER, S., “Memory and seeking asylum”, *European Journal of Psychotherapy and Counselling*, Vol. 9-3, 2007, p. 271.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 273-274; GRAHAM, B.; HERLIHY, J.; BREWIN, C.R., “Overgeneral memory in asylum seekers and refugees”, *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, Vol. 45, 2014, pp. 375-380.

³⁷⁰ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §59.

deberse a varios factores³⁷¹, como el mencionado TEPT, la desconfianza o el temor hacia las autoridades³⁷², el desconocimiento sobre la posibilidad de pedir asilo basándose en la orientación sexual o identidad de género o, incluso, la interiorización del odio a las personas LGBTI tras haber sufrido las consecuencias del estigma y el rechazo durante años³⁷³.

Un ambiente seguro, cómodo y tranquilo que pueda garantizar que presente su solicitud sin miedo es fundamental³⁷⁴. Una pregunta tan cotidiana como “¿Tienes esposa/marido/hijos?” puede dificultar la comunicación de su orientación sexual o identidad de género³⁷⁵, por lo que formar al personal encargado de la entrevista para sensibilizarlo a la situación de las personas LGBTI resulta esencial.

2.2.3. Coherencia externa y personas LGBTI: la información sobre la situación del colectivo en los países de origen.

La coherencia externa hace referencia a la adecuación del testimonio aportado por el solicitante de asilo a la situación en su país de origen, conocida por el órgano decisorio a través de la información del país de origen (IPO). Se trata de un instrumento esencial tanto para contextualizar las declaraciones del solicitante como para conocer en mayor profundidad el riesgo de persecución en el Estado de origen³⁷⁶.

Dada su importancia, se ha intentado sistematizar las características que debe reunir la información del país de origen para servir correctamente a su propósito. Así, el Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation (ACCORD), una iniciativa de la Cruz Roja austriaca, publicó en 2004 un Manual (actualizado en ediciones posteriores) con los estándares de calidad que debían regir en una correcta elaboración y

³⁷¹ BERG, L.; MILLBANK, J., “Constructing the personal narratives...”, cit. supra, pp. 198-199.

³⁷² HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 145.

³⁷³ NEWCOMB, M.E.; MUSTANSKI, B., “Internalized homophobia and internalizing mental health problems: a meta-analytic review”, *Clinical Psychology Review*, Vol. 30-8, 2010, pp. 1019-1029; ROOD, B.A., *et al.*, “Internalized transphobia: exploring perceptions of social messages in transgender and gender nonconforming adults”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 18-4, 2017, pp. 411-426.

³⁷⁴ ACNUR, *Directrices* núm. 9, §58.

³⁷⁵ HOJEM, P., “Fleeing love: asylum seekers and sexual orientation in Scandinavia”, *New Issues in Refugee Research*, Núm. 181, 2009, p. 20.

³⁷⁶ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 122.

utilización de la IPO³⁷⁷. Ese mismo año, ACNUR difundió un documento³⁷⁸ en el que recogía diversas recomendaciones para mejorar la IPO disponible para los sistemas nacionales de asilo mediante la cooperación entre Estados. Y en 2006, la International Association of Refugee Law Judges (IARLJ) acordó unas directrices³⁷⁹ para valorar la IPO en la práctica judicial. Estos textos se encuentran entre los primeros intentos de sistematizar la IPO³⁸⁰, y han influido en la inclusión de sus estándares de calidad en la legislación y jurisprudencia europeas³⁸¹. Sus criterios inciden en la relevancia de la IPO para la solicitud de asilo, la fiabilidad y variedad de las fuentes consultadas, su actualidad y precisión y la transparencia del método de referencias empleado.

Dado que en el caso de las solicitudes de asilo presentadas por personas LGBTI la única prueba que puede aportar el solicitante es su propio testimonio en muchos casos, la IPO es incluso más importante. Sin embargo, “a menudo falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionada con la situación y el trato de las personas LGBTI”³⁸². En muchas ocasiones, la ausencia de información sobre la situación de este colectivo en un determinado país ha sido entendida como una prueba de que no se produce la persecución alegada³⁸³. Sin embargo, varias razones pueden explicar la falta de IPO relevante sobre las personas LGBTI. Por ejemplo, la inexistencia de organizaciones y grupos especializados en sus derechos en el país, la persecución que a su vez pueden sufrir las personas activistas o la invisibilización o la estigmatización del colectivo LGBTI en

³⁷⁷ ACCORD, *Investigación de la información sobre países de origen — manual de formación*, edición de 2013, (en adelante, “*Manual de ACCORD*”) disponible en www.coi-training.net.

³⁷⁸ ACNUR, *Country of origin information: towards enhanced international cooperation*, 2004.

³⁷⁹ IARLJ, *Judicial criteria for assessing country of origin information (COI): a checklist — paper por 7th Biennial IARLJ World Conference*, Ciudad de México, 2006.

³⁸⁰ SAINZ DE BARANDA CAÑIZARES, M., “La información sobre países de origen en el contexto del asilo”, en TRUJILLO PÉREZ, A. J.; ORTEGA TEROL, J.M., *Inmigración y asilo — problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Sequitur, Madrid, 2010, p. 135.

³⁸¹ HHC, *Información sobre el país de origen en el procedimiento de asilo — la calidad como requisito legal en la UE*, 2011.

³⁸² ACNUR, *Directrices núm. 9*, par. 66.

³⁸³ LAVIOLETTE, N., “Independent human rights documentation and sexual minorities: an ongoing challenge for the Canadian refugee determination process”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2:3, 2009, p. 451; JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 71.

un contexto de represión generalizada³⁸⁴, en particular para las personas lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales³⁸⁵.

Si bien se han producido avances en este ámbito, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁸⁶ señala que “a pesar de la importancia de esta información [sobre violencia y crímenes de odio contra las personas LGBTI], la mayoría de los Estados no recopilan este tipo de datos”³⁸⁷, siendo la situación especialmente grave para las personas transgénero e intersexuales. Incluso en los supuestos en los que es posible encontrar IPO variada, fiable, actualizada y relevante sobre los derechos de las personas LGBTI, se han documentado casos en los que es utilizada de forma selectiva o es ignorada por tratar la situación de este colectivo de forma general, ignorando las circunstancias particulares del solicitante³⁸⁸.

Debido a la habitual escasez de información sobre las personas LGBTI de la que disponen las autoridades decisorias de los Estados, la intervención de terceros en el procedimiento puede jugar un papel esencial que permita adoptar decisiones verdaderamente informadas sobre el riesgo al que se enfrentaría la personas LGBTI solicitante de asilo en caso de ser rechazada su solicitud y, por tanto, devuelta a su país de origen. Con frecuencia, el ACNUR³⁸⁹ u organizaciones no gubernamentales como ECRE, HRW o ILGA³⁹⁰ participan en procedimientos administrativos y jurisdiccionales

³⁸⁴ ACNUR, *Directrices núm. 9*, par. 66.

³⁸⁵ ACCORD, *Manual de ACCORD*, p. 74.

³⁸⁶ ACNUDH, *Vivir libres e iguales*, 2016, disponible en

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LivingFreeEqual.aspx> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³⁸⁷ *Ibid*, p. 11.

³⁸⁸ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 74. Estos autores citan diversas sentencias de la Audiencia Nacional española. Mientras que en unos el tribunal descartaba la IPO favorable al solicitante con este argumento, en otros admitía la información general aportada por el Gobierno español para apoyar la denegación de la solicitud.

³⁸⁹ V. gr. ACNUR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2018Du34558 regarding claims for refugee status based on sexual orientation and gender identity*, de 26 de febrero de 2018, disponible en <https://www.refworld.org/docid/5a9d6abf4.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³⁹⁰ Vid. *E.S. v. Spain* (dec.), núm. 13273/16, de 26 de septiembre de 2017, §24; ECRE *et al.*, ‘*O.S. v. Switzerland*’. *Application no. 43987/16. Written submissions on behalf of the AIRE Centre (Advice on individual rights in Europe), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), ILGA-Europe (the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) and the International Commission of Jurists (ICJ)*, Intervención ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2017, disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/os-v-switzerland->

como *amicus curiae*, ofreciendo tanto un análisis legal de las circunstancias del solicitante como información actualizada sobre la situación general en su país de origen.

La orientación sexual y la identidad de género son dos cuestiones propias de las esferas más íntimas de la persona que en el procedimiento de asilo son sometidas a un escrutinio exhaustivo por la autoridad decisoria. Este carácter inherentemente invasivo del test de credibilidad está justificado en tanto el testimonio del solicitante de asilo es con frecuencia la única prueba que puede aportar. Sin embargo, debe procederse con cautela, desterrando los prejuicios que puedan albergar la persona que conduce la entrevista, la que resolverá la solicitud o cualquier otra que intervenga en la decisión, en un contexto comprensivo y sensible con la realidad LGBTI y en el que el solicitante se sienta seguro³⁹¹.

3. LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO

La persecución temida fundadamente por el solicitante de asilo es otro de los elementos centrales de la definición de refugiado. Sin embargo, la Convención no define este concepto, lo que parece ser una decisión consciente de los redactores de la CG51 para adelantarse a la “inventiva de la Humanidad para imaginar nuevas formas de perseguir”³⁹² a otras personas. De este modo, los redactores buscarían que todas las formas de persecución cupieran en dicho término³⁹³. La ausencia de un concepto convencionalmente establecido ha permitido adaptarse a estos nuevos tipos -como la ejercida por los agentes no estatales-, pero a costa de que los Estados la definieran de maneras muy diversas para servir a sus intereses³⁹⁴. El *Manual* de ACNUR se limita a señalar que todas las amenazas contra la vida o la libertad de una persona motivadas por alguna de las razones protegidas por el CG51 constituyen persecución³⁹⁵, y que algunas

appl-no-4398716-third-party-intervention-aire-centre-icj-ilga-europe-and (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

³⁹¹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §§58-60.

³⁹² GRAHL-MADSEN, A., *The status of refugees in International Law (Vol. I)*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1966, p. 193.

³⁹³ ACNUR, *Interpretación del artículo 1*, cit. supra, §16.

³⁹⁴ STOREY, H., “Persecution: towards a working definition”, en CHETAIL, V.; BAULOZ, C. (ed.), *Research handbook on Migration and International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2014, pp. 459-460.

³⁹⁵ ACNUR, *Manual*, §51.

otras violaciones de los Derechos Humanos también podrían serlo dependiendo de las circunstancias³⁹⁶.

Aunque para un sector de la doctrina no es necesario ni recomendable elaborar una definición³⁹⁷, actualmente está muy extendida la noción aportada por Hathaway según la cual la persecución se compone de dos elementos: la violación grave de los derechos humanos del solicitante y la falta de voluntad o capacidad de su Estado de protegerle frente a ésta³⁹⁸. En el presente epígrafe será estudiado el primero de estos elementos en relación con las personas LGBTI, mientras que el segundo será objeto de análisis con posterioridad.

El enfoque propuesto por Hathaway para definir la persecución implica que debe existir un riesgo de que se vulneren los derechos humanos de la persona solicitante, lo que plantea la pregunta de qué derechos humanos y en qué medida deben ser vulnerados. Como señala Storey³⁹⁹, de entenderse que cualquier situación en la que un Estado no consigue proteger a las personas de que se vulneren sus derechos humanos constituye un acto de persecución, prácticamente cualquier persona del mundo podría ser un refugiado. Y a la inversa: si tan sólo quienes sufran la absoluta anulación de sus derechos lo son, únicamente un grupo minúsculo se podría beneficiar de la protección internacional.

Hathaway y Foster defienden un análisis de los actos potencialmente persecutorios en tres pasos⁴⁰⁰. Primero, evaluar si el bien jurídico que se ve afectado por dicho acto está protegido por las normas de derechos humanos contenidas en los tratados más ampliamente ratificados. Segundo, determinar si el daño provocado estaría o no justificado de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tercero, valorar que el daño tenga la suficiente entidad, pues únicamente los daños graves serán

³⁹⁶ *Ibid.*, §52.

³⁹⁷ TÜRK, V.; NICHOLSON, F., “Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general”, en FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2003, p. 42.

³⁹⁸ HATHAWAY, J.C., *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Londres, 1991, p. 101; HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 185. A partir de este trabajo, otros exponentes académicos del Derecho Internacional de los Refugiados han recogido esta conceptualización, *Vid.* STOREY, H., “Persecution: towards a working definition”, cit. supra; ZIMMERMANN, A.; MACHTS, F.; DÖRSCHNER, J. (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, §216; GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, cit. supra, pp. 131-133.

³⁹⁹ STOREY, H., “Persecution: towards a working definition”, cit. supra, p. 475.

⁴⁰⁰ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, pp. 204-206.

considerados persecución⁴⁰¹. Ahora bien, la gravedad del daño dependerá también de las circunstancias personales del solicitante⁴⁰². La estigmatización y discriminación de las personas LGBTI, si bien no constituyen persecución por sí mismas, pueden provocar restricciones en sus derechos humanos tales que impliquen persecución, aun cuando no lo serían *a priori* para otros refugiados⁴⁰³.

Tal y como se expuso en el capítulo anterior, las personas LGBTI sufren vulneraciones en sus derechos humanos en todo el mundo⁴⁰⁴. La amplia variedad de formas de violencia, discriminación y opresión a la que se ven sometidas hace inviable, irrealista e, incluso, desaconsejable pretender elaborar una lista exhaustiva de los actos de persecución de los que escapan los refugiados LGBTI. En su lugar, en las próximas secciones trataremos dos problemas específicos a los que se enfrenta este grupo durante el análisis de su solicitud: la criminalización en tanto que acto de persecución y la exigencia de la mal llamada “discreción”.

3.1. La criminalización de orientaciones sexuales o de identidades y expresiones de género diversas como forma de persecución.

Según el último informe de ILGA, setenta Estados Miembros de Naciones Unidas mantienen en sus ordenamientos jurídicos normas que castigan de alguna forma las relaciones sexuales consensuadas entre personas adultas del mismo género⁴⁰⁵. Con frecuencia, estas leyes -y otras dirigidas a proteger la “decencia” o la “moral” públicas- son utilizadas para justificar las vulneraciones a los derechos humanos no sólo de las personas homosexuales o bisexuales, sino también de todas aquellas que, como las personas trans, viven o expresan su género de formas no normativas⁴⁰⁶.

Tal y como explica el ACNUR⁴⁰⁷, incluso cuando estas normas no son ejecutadas pueden contribuir a generar un contexto de opresión y discriminación que hace a las personas LGBTI más vulnerables a sufrir abusos y violaciones de sus derechos humanos.

⁴⁰¹ ACNUR, *Manual*, ACNUR, §51; *Interpretación del artículo 1*, cit. supra, §17.

⁴⁰² ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §16; HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 199.

⁴⁰³ ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §24-25.

⁴⁰⁴ ACNUDH, *Informe LGBTI de 2011*, cit. supra, §1.

⁴⁰⁵ Vid. RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra.

⁴⁰⁶ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2017*, §52.

⁴⁰⁷ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §27.

A su vez, facilitan la impunidad de sus agresores al impedir que se acojan a la protección de las autoridades⁴⁰⁸. El riesgo de descubrimiento es constante, y, aunque por lo general aparecen tipificadas como conductas delictivas únicamente las relaciones sexuales, estas normas suelen utilizarse para castigar a las personas LGBTI por su identidad, y no por sus actos⁴⁰⁹. En los Estados criminalizadores es una práctica habitual recurrir a prácticas degradantes, como los exámenes médicos no consentidos -en concreto, del pene o del ano- para “determinar” la homosexualidad de los detenidos⁴¹⁰.

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, las normas que criminalizan la homosexualidad han sido declaradas como discriminatorias y contrarias a los derechos humanos⁴¹¹. Sin embargo, no existe un consenso internacional en el sentido de considerarlas actos de persecución en sí mismas⁴¹², sino que suele exigirse, al menos, su aplicación efectiva⁴¹³ o que las penas sean desproporcionadamente severas⁴¹⁴. Dados los efectos de la criminalización que acabamos de describir, entendemos que se trata de un criterio muy perjudicial para la protección de las personas LGBTI solicitantes de asilo⁴¹⁵. Incluso cuando no son aplicadas directamente, su impacto opresivo, estigmatizador y discriminatorio puede generar las condiciones óptimas para que se desarrolle la persecución, particularmente por agentes no estatales.

En el caso de las personas LGBTI, son precisamente agentes no estatales como la familia, los vecinos o bandas criminales los que perpetran la persecución⁴¹⁶. En un caso

⁴⁰⁸ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2017*, cit. supra, §15.

⁴⁰⁹ NATHWANI, N., *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas*, ACNUR, 2015, p. 13.

⁴¹⁰ CCT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (Egipto)*, Documento CAT/C/CR/29/4, de 23 de diciembre de 2002, §5 e);§6 k); AG, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, documento A/56/156, de 3 de julio de 2001, §24; EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §29.

⁴¹¹ *Vid.* Capítulo 1, 2.1.1. en lo relativo a la doctrina de los casos *Dudgeon* y *Toonen*.

⁴¹² HOOPER, L.; ZILLI, L., *Refugee status claims based on sexual orientation and gender identity — a practitioner’s guide*, International Commission of Jurists, Ginebra, 2016, p. 140.

⁴¹³ ZIMMERMANN, A.; MACHTS, F.; DÖRSCHNER, J. (ed.), *The 1951 Convention...*, cit. supra, §513.

⁴¹⁴ *Ibid.*, §511.

⁴¹⁵ Desarrollaremos esta cuestión en mayor profundidad en relación con el caso europeo en el Capítulo 4, 2.1.9.

⁴¹⁶ ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §23; JANSEN, S., “Introduction: fleeing homophobia, asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/Nueva York, 2013, p. 11.

paradigmático⁴¹⁷, la justicia australiana concedió el asilo a una mujer transgénero pakistaní que creció amenazada y agredida por sus padres y otros parientes por no participar en actividades deportivas con sus compañeros varones, esconder maquillaje en su habitación o comportarse de manera “femenina”⁴¹⁸. Su padre llegó a encerrarla en una bodega y, una vez adulta, su familia la amenazó con quemarla o lapidarla si descubrían que intentaba vivir de acuerdo con su identidad de género. Poco después, tras haber abandonado Pakistán y haber iniciado un proceso de reasignación de sexo en Australia, avisó a su familia de que vivía como mujer transgénero. Como respuesta, su familia le advirtió que, de volver a Pakistán, la matarían⁴¹⁹.

De acuerdo con el *Manual* de ACNUR, los actos cometidos por agentes no estatales pueden constituir persecución en caso de que el Estado no ofrezca, deliberadamente o por incapacidad, una protección efectiva frente a los mismos⁴²⁰. En los Estados en los que las orientaciones sexuales o las expresiones e identidades de género diversas son consideradas delito, no puede esperarse razonablemente del solicitante que acuda a las autoridades en busca de su protección, ni puede asumirse que éstas estarían dispuestas a ofrecerla⁴²¹. Por tanto, es necesario analizar todas las circunstancias fácticas para comprobar hasta qué punto las normas criminalizadoras refuerzan estos entornos de persecución⁴²².

3.2. Represión autoinfligida: los riesgos de exigir “discreción” a las personas LGBTI solicitantes de asilo.

La identidad, la autonomía y la integridad de una persona constituyen elementos fundamentales de su derecho a la intimidad⁴²³. Sin embargo, en gran parte del mundo las personas LGBTI se ven obligadas a ocultar y reprimir partes tan esenciales de su persona y su vida como su orientación sexual o su identidad de género temiendo las consecuencias que acarrearía no hacerlo. Aunque esta represión autoinfligida forzosamente -matizada

⁴¹⁷ Australia, Refugee Review Tribunal, 0902671 [2009], RRTA 1053, de 19 de noviembre de 2009.

⁴¹⁸ *Ibid.*, §32.

⁴¹⁹ *Ibid.*, §40.

⁴²⁰ ACNUR, *Manual*, §19. *Vid.* Capítulo 2, 4.

⁴²¹ ACNUR, *Directrices* núm. 9, §36.

⁴²² LAVIOLETTE, N., “‘UNHCR Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity’: a critical commentary”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-2, 2010, p. 187.

⁴²³ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, cit. supra, pp. 385-392.

habitualmente bajo la palabra “discreción”⁴²⁴- pueda evitarles ser víctimas de agresiones o abusos, la represión de una esfera nuclear de la personalidad puede provocar daños graves en la salud física y mental⁴²⁵. Los prejuicios, los estereotipos y el estigma asociados al colectivo LGBTI tienen un impacto muy negativo en estas personas, exponiéndolas a un mayor riesgo de sufrir serios problemas mentales. Tal y como señala el ACNUR⁴²⁶ estos daños pueden ser lo suficientemente graves como para ser considerados persecución. Lamentablemente, la supuesta posibilidad de esquivar la persecución en el país de origen reprimiendo la propia orientación sexual o identidad de género ha servido como argumento para denegar la protección a las personas LGBTI en numerosas jurisdicciones⁴²⁷.

Se trata de un razonamiento sustentado en que las personas deberían cooperar en su propia seguridad⁴²⁸, una idea que no aparece reflejada ni en la definición de refugiado ni en el resto del articulado de la CG51. El estatuto de refugiado constituye una protección subsidiaria a la que debe proporcionar el Estado de origen, por lo que carece de cualquier base jurídica exigir al solicitante de asilo que se proteja a sí mismo, en especial cuando tal “protección” implica sufrir otro tipo de daños graves. Además, esta exigencia de autocensura se ha rechazado vigorosamente cuando el solicitante de asilo era perseguido

⁴²⁴ No emplearemos el término “discreción”, aunque sea el más ampliamente utilizado, para referirnos a la supresión y represión de la propia orientación sexual o identidad o expresión de género para evitar ser víctimas de violencia, discriminación y otros abusos por parte del Estado o la familia, conocidos u otros individuos de la sociedad del país de origen. Consideramos que se trata de una palabra con connotaciones demasiado eufemísticas que no representa con claridad los prejuicios sufridos por la persona LGBTI que se ve forzada a ser “discreta”.

⁴²⁵ PUCKETT, J.A. *et al.*, “Coping with discrimination...”, cit. supra; MEYER, I.H., “Prejudice, social stress, and mental health in Lesbian, Gay, and Bisexual populations: conceptual issues and research evidence”, *Psychological Bulletin*, Vol. 129-5, 2003, pp. 674-697.

⁴²⁶ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §33.

⁴²⁷ Se ha recurrido a este razonamiento en la mayoría de Estados europeos (*Vid.* JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 34), Australia, (*Vid.* MILLBANK, J., “From discretion to disbelief: recent trends in refugee determination on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom”, *International Journal of Human Rights*, vol. 13-2,3, 2009, pp. 391-414) o Canadá (*Vid.* MILLBANK, J., “The right of lesbians and gay men to live freely, openly and on equal terms is not bad law: a reply to Hathaway and Pobjoy”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 44-2, 2012, p. 505). Una sentencia federal australiana llega a afirmar que “people of many sexual orientations exist in society and practise their sexual preferences privately without feeling a need to proclaim those preferences to the world. Public manifestation of homosexuality is not an essential part of being homosexual” (Australia, Federal Court of Australia, *Wabr v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, FCAFC 124, de 10 de mayo de 2002).

⁴²⁸ MILLBANK, J., “The right of lesbians and gay men to live freely...”, cit. supra, p. 502.

por otros motivos, como religión u opinión política⁴²⁹. Con todo, las autoridades decisorias de muchos países de asilo han entendido que la persecución podía evitarse, por ejemplo, cuando la homosexualidad no es “públicamente expuesta de forma que pudiera ser ofensiva”⁴³⁰.

No obstante, la jurisprudencia nacional de varios Estados de asilo ha desechado este criterio. En 2003 el Alto Tribunal australiano lo rechazó en el asunto *S395 & S396*⁴³¹, en el que resolvió los recursos de una pareja de solicitantes de asilo homosexuales procedentes de Bangladesh ante la denegación del asilo en una instancia inferior. En la resolución recurrida, el tribunal asumía que, dado que habían ocultado su orientación sexual durante toda su vida, nada obstaba a que siguieran haciéndolo para evitar la persecución⁴³². Sin embargo, para el Alto Tribunal los solicitantes se autocensuraban no por decisión propia, sino por miedo a sufrir graves abusos por parte de la población o las fuerzas de seguridad⁴³³. No puede exigirse a los solicitantes que muestren su orientación sexual únicamente en lo “razonablemente necesario para identificar y atraer a compañeros sexuales y mantener cualquier relación establecida como resultado”⁴³⁴, pues la orientación sexual de una persona no se limita a la participación en actos sexuales, sino que afecta a un amplio abanico de actividades y conductas humanas⁴³⁵. En palabras del tribunal, “la persecución no deja de ser persecución” por el mero hecho de que los solicitantes puedan evitarla ocultándose⁴³⁶.

⁴²⁹ HATHAWAY, J.C.; POBJOY, J., “Queer cases make bad law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 44-2, 2012, p. 325.

⁴³⁰ Suiza, Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), *T. v. Bundesamt für Migration*, C-2107/2010, de 18 de enero de 2011, citada en JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 34. Cabe preguntarse de qué manera podría ser la homosexualidad “ofensiva” y por qué un tribunal suizo lo consideraría una cuestión relevante para una solicitud de asilo presentada en su Estado.

⁴³¹ Australia, High Court, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, HCA 71, de 9 de diciembre de 2003 (“S395 & S396”).

⁴³² Australia, *S395 & S396*, §21.

⁴³³ *Ibid.*, §52-53.

⁴³⁴ Australia, *S395 & S396*, §55 citando un extracto de: Australia, Federal Court, *Applicant LSLs v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, FCA 211, de 6 de marzo de 2000.

⁴³⁵ Australia, *S395 & S396*, §81-83.

⁴³⁶ *Ibid.*, §40.

Posteriormente, en 2010 el Tribunal Supremo británico se pronunció en una influyente resolución sobre el asunto *HJ and HT*⁴³⁷. Los dos recurrentes -ambos hombres homosexuales y procedentes de Irán y Camerún, respectivamente- habían visto sus solicitudes de asilo denegadas en numerosas ocasiones e instancias -HJ había presentado su primera solicitud en 2001- con el mismo argumento que la resolución recurrida en *S395 & S396*: ambos llevaban “vidas discretas” en sus países de origen, por lo que no era irracional esperar de ellos que siguieran reprimiéndose para evitar así la persecución. El caso de HT en particular ejemplifica la fragilidad de la protección que ofrece la autocensura. A pesar de haber logrado ocultar durante tres años una relación, un día fue visto por su vecino mientras se besaba con su pareja en el jardín; poco después, sufrió un linchamiento por parte de sus vecinos y de la policía⁴³⁸.

El Tribunal Supremo británico, refiriéndose expresamente a la sentencia sobre el asunto *S395 & S396*, declara que no puede imponerse en el solicitante la obligación de comportarse de una manera que suponga una grave restricción a sus libertades⁴³⁹, pues las personas LGBTI tienen el mismo derecho que el resto de seres humanos a expresar las ideas relacionadas con su orientación sexual o identidad de género y a reunirse y asociarse con otras personas LGBTI⁴⁴⁰. Nadie vería razonablemente tolerable que una mujer o un hombre heterosexual reprimiera su orientación sexual o su identidad de género de forma indefinida para evitar sufrir persecución, por lo que no puede aplicarse dicha obligación a las personas LGBTI⁴⁴¹. En conclusión, en aras de preservar la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, es necesario rechazar cualquier criterio de “discreción”.

A pesar de que *HJ and HT* supuso un importante avance para los derechos de los refugiados LGBTI, la argumentación del Tribunal Supremo no se halla exenta de críticas. De un lado, porque propone un método para examinar las cuestiones de discreción que

⁴³⁷ Reino Unido, The Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 31, de 7 de julio de 2010, (“HJ & HT”).

⁴³⁸ Reino Unido, *HJ & HT*, §38.

⁴³⁹ Reino Unido, *HJ & HT*, §29.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, §14. Aunque en la sentencia tan sólo se refiera a las personas homosexuales, parece claro que resultaría aplicable a todas las personas LGBTI.

⁴⁴¹ *Ibid.*, §76.

plantea nuevos problemas. Éste se desarrollaría en tres pasos⁴⁴²: 1) determinar si la persona es LGBTI o sería percibida como tál, 2) evaluar si las personas LGBTI que viven abiertamente su identidad en el país de origen son perseguidas y 3) si el solicitante, en caso de volver a su país de origen, viviría abiertamente o la ocultaría; en caso de reprimirla, comprobar si lo haría por temor a sufrir persecución, por decisión propia o por “presiones sociales”⁴⁴³. Si el tribunal estima que el solicitante bien viviría abiertamente su orientación sexual o identidad de género a pesar de exponerse a la persecución, bien la ocultaría por temor a sufrirla, tendría derecho a la protección internacional. En caso contrario, no.

Esta línea de análisis es problemática por dos razones⁴⁴⁴. En primer lugar, porque diferencia entre las personas que viven abiertamente su orientación sexual y las que no. Esto implica una distinción artificial entre la persecución motivada por la identidad LGBTI del solicitante y la basada en la realización de actos percibidos como propios de las personas LGBTI⁴⁴⁵. Como consecuencia, se reconocería la protección únicamente a quienes son abiertamente LGBTI en sus países de origen, mientras que los demás soportarían una carga de la prueba aun mayor al tener que demostrar que ocultan su identidad para no sufrir persecución⁴⁴⁶. Teniendo en cuenta las consecuencias que sufren las personas LGBTI que son descubiertas en muchos Estados, este requisito parece esconder una forma elaborada del mismo criterio de “discreción”: si se reprimen es porque así lo prefieren, no porque la sociedad les coaccione a hacerlo.

En segundo lugar, porque este razonamiento asume que las personas LGBTI tienen siempre plena libertad para elegir si expresan su orientación sexual o identidad de género. El tribunal distingue dos supuestos: cuando el solicitante decide “vivir discretamente” porque así quiere vivir su vida y cuando el solicitante lo hace porque alberga el “deseo perfectamente natural de no dañar las relaciones con su familia, amigos y compañeros”⁴⁴⁷.

⁴⁴² *Ibid.* §82.

⁴⁴³ *Ibid.* §89.

⁴⁴⁴ WESSELS, J., “*HJ (Iran) and HT (Cameroon)* — reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24-4, pp. 815-839.

⁴⁴⁵ O'DWYER, P., “A well-founded fear of having my sexual orientation claim heard in the wrong court”, *New York School Law Review*, Vol. 52, 2008, p. 186.

⁴⁴⁶ WESSELS, J., “*HJ (Iran) and HT (Cameroon)*...”, cit. supra, p. 830; MILLBANK, J., “From discretion to disbelief: recent trends in refugee determination...”, cit. supra, p. 397.

⁴⁴⁷ Reino Unido, *HJ & HT.*, §61.

En estos casos, el solicitante no tendría necesidad de ser protegido y no sería un refugiado, pues:

“al elegir comportarse discretamente para evitar esas presiones sociales, el solicitante habría simultáneamente elegido vivir una vida en la que no tendría temores fundados a sufrir persecución por su homosexualidad”⁴⁴⁸

De nuevo, se trata de una aplicación velada del mal llamado “criterio de discreción”, de modo que no tendría que garantizarse la protección a aquellos solicitantes que podrían continuar su vida sin revelar su orientación sexual o identidad de género. En otras palabras, seguirían analizándose las posibilidades del solicitante de ser perseguido según su disposición a vivir “discretamente”⁴⁴⁹. Esta idea parte de la errónea premisa de que una persona LGBTI puede ocultarse sin riesgo alguno de ser descubierto. Sin embargo, tal y como demuestra el caso de HT, pueden ser descubiertos en cualquier momento, desencadenándose así la dinámica persecutoria. Este es un riesgo real que no puede ser ignorado en el análisis de una solicitud de asilo por razón de la orientación sexual o la identidad de género, si bien no es tenido en cuenta en *HJ & HT*.

La distinción entre reprimirse por temor a sufrir persecución y hacerlo por deseo propio o por presiones sociales carece de fundamento, pues no atiende a la realidad de las personas LGBTI. Como ya se ha mencionado, las familias de las personas LGBTI son en numerosas ocasiones sus perseguidores, y la “presión social” puede derivar en persecución una vez conozcan la orientación sexual o identidad de género del solicitante. La desaprobación de la familia puede convertirse en persecución cuando surge el riesgo de ser víctima de agresiones, terapias de conversión, matrimonios forzosos o crímenes de honor, circunstancia que no es tomada en cuenta por el Supreme Court.

De otro lado, la sentencia ha sido criticada por Hathaway y Pobjoy por considerar personas abiertamente LGBTI a las que lleven a cabo cualquier acto de expresión de su orientación sexual o identidad de género⁴⁵⁰. De acuerdo con estos autores, no todas las actividades asociadas a las personas LGBTI deberían considerarse suficientes para establecer un nexo causal entre la persecución que sufren y su orientación sexual o identidad de género. Actividades como identificarse abiertamente como LGBTI,

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ WESSELS, J., “*HJ (Iran) and HT (Cameroon)...*”, cit. supra, p. 837.

⁴⁵⁰ HATHAWAY, J.C.; POBJOY, J., “Queer cases make bad law”, cit. supra.

mantener relaciones sexuales o sentimentales con otras personas y expresarse libremente en la propia vivienda sí que serían garantizados por la protección subsidiaria de la CG51, pues han sido reconocidas por la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos⁴⁵¹. En definitiva, lo que estos autores consideran actos “razonablemente requeridos para revelar o expresar la identidad sexual de un individuo”⁴⁵².

Sin embargo, este enfoque adolece de la misma distinción entre identidad y actos que se critica en *HJ & HT*. Las actividades asociadas -incluso de forma estereotipada- a una orientación sexual o identidad de género diferente de la heteronormativa no provocan la persecución por sí mismas, pero sí pueden tener el efecto de revelar una identidad estigmatizada ante potenciales perseguidores⁴⁵³. Por esta razón, cualquier distinción entre actividades triviales o integrales de la identidad sexual carece de sentido y resulta perjudicial para este colectivo, pues una conducta que la autoridad decisoria considere poco importante podría ser esencial en el contexto de la comunidad LGBTI de su país de origen⁴⁵⁴. La opinión de Hathaway y Pobjoy no deja de ser una “resurrección parcial del requisito de discreción”⁴⁵⁵; parcial por cuanto únicamente desaparecería para ciertos Derechos Humanos: los que afectan a las actividades que no consideran “triviales”. Sin embargo, ¿cómo podría ser trivial el hecho de que el gobierno o la sociedad del país de origen persiguiesen a aquellas personas que toman “cócteles coloridos o escuchan a Kylie Minogue”, como defienden estos autores⁴⁵⁶? El foco del análisis no debe estar en las actividades a las que puede renunciar el solicitante de asilo, sino en las conductas que son perseguidas en su país de origen por estar asociadas a identidades y sexualidades no normativas. La prohibición de actividades en apariencia “triviales” bien puede ocultar la intención de criminalizar cualquier orientación sexual o identidad o expresión de género disidente⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 380.

⁴⁵² *Ibid.* p. 382.

⁴⁵³ MILLBANK, J., “The right of lesbians and gay men to live freely...”, cit. supra, p. 510.

⁴⁵⁴ *Ibid.* p. 513.

⁴⁵⁵ GOODMAN, R., “Asylum and the concealment of sexual orientation: where not to draw the line”, cit. supra, p. 425

⁴⁵⁶ HATHAWAY, J.C.; POBJOY, J., “Queer cases make bad law”, cit. supra, p. 382.

⁴⁵⁷ GOODMAN, R., “Asylum and the concealment of sexual orientation: where not to draw the line”, cit. supra, p. 443.

Aunque en el ámbito de la Unión Europea el criterio de discreción parece haber sido totalmente enterrado por el Tribunal de Justicia⁴⁵⁸, es preciso tener en cuenta las observaciones y críticas formuladas sobre el caso *HJ & HT* para evitar que reaparezca de forma velada. Por tanto, entendemos que debe ser rechazado tajantemente cualquier método de análisis de una solicitud de asilo centrado en exigir o “esperar razonablemente” del solicitante LGBTI que reprima su personalidad para evitar la persecución, así como aquellos que diferencien artificialmente entre identidad y actos, especialmente cuando dichos actos son percibidos como representativos de una identidad estigmatizada y perseguida.

4. LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN ESTATAL A LAS PERSONAS LGBTI

El artículo 1 A 2) CG51 exige que el solicitante “no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección” de su país de origen. Sin embargo, la Convención no define en su articulado el término “protección”, dejando un terreno fértil para distintas posiciones doctrinales. Así, se ha propuesto asimilar la protección de la CG51 a la protección diplomática⁴⁵⁹, es decir, al derecho de los Estados a intervenir en nombre de sus nacionales ante una violación de sus derechos por parte de otro Estado⁴⁶⁰. Los argumentos esgrimidos por Fortin en este sentido se refieren a los trabajos preparatorios de la Convención, que equipararían *de facto* al refugiado con un apátrida al verse privado de la protección diplomática del Estado del cual es nacional⁴⁶¹. Para este autor, la disponibilidad o no de la protección de los Estados al nivel interno tan sólo sería relevante al determinar si la persona alberga temores fundados de ser perseguida, principalmente por agentes no estatales⁴⁶². No obstante, se trata de una teoría con poco predicamento que ha sido criticada porque las referencias históricas a las que recurre son insuficientes para respaldar su posición y se sitúan en discusiones tempranas sobre la

⁴⁵⁸ *Vid.*, Capítulo 4, 2.1.10.

⁴⁵⁹ FORTIN, A., “The meaning of protection in the refugee definition”, *International Journal of Refugee Law*, 2001, Vol. 12-4 pp. 548-576.

⁴⁶⁰ WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Stevens and Sons, Londres, 1956, p. 33; REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional: curso general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 474.

⁴⁶¹ FORTIN, A., “The meaning of protection in the refugee definition”, *cit. supra*, p. 561, citando al Secretario General de Naciones Unidas y al Representante de Israel.

⁴⁶² *Ibid.* p. 573.

oportunidad de incluir un estatuto de los apátridas en la CG51⁴⁶³; referencias que se volvieron escasas tras decidirse que la protección de las personas sin nacionalidad sería objeto de un instrumento posterior⁴⁶⁴.

Existe una posición doctrinal bastante más extendida que entiende la protección internacional a los refugiados como un sustitutivo de la que los Estados de origen deben garantizar⁴⁶⁵. La protección a la que hace referencia el artículo 1 A 2) CG51 sería, pues, un concepto más cercano a la doctrina de la responsabilidad de proteger⁴⁶⁶, si bien debe ser interpretado siempre con un sentido propio del Derecho Internacional de los Refugiados⁴⁶⁷. Esta postura, que ha sido avalada por la jurisprudencia del *common law*⁴⁶⁸ y -matizadamente- la política común de asilo de la Unión Europea⁴⁶⁹, tendría tanto una dimensión negativa -no perseguir- como positiva -garantizar el acceso a una protección efectiva y permanente de los derechos humanos-⁴⁷⁰. Si ante un daño lo suficientemente grave como para constituir un acto de persecución el Estado es incapaz o no está dispuesto a proteger al solicitante, existirá un riesgo de persecución en el sentido del artículo 1 CG51⁴⁷¹.

4.1. El fracaso de la protección estatal como elemento de la persecución.

⁴⁶³ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., "Internal Protection / Relocation / Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination", en FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, University Press, Cambridge, 2003, p. 374.

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 375.

⁴⁶⁵ GOODWIN-GILL, G.S., "The language of protection", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 1-1, 1989, pp. 6-19; HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 290-362; STEVENS, D., "What do we mean by protection?", *International Journal of Minority and Group Rights*, Vol. 20-2, 2013, pp. 233-262; STOREY, H., "The Meaning of Protection within the Refugee Definition", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35-3, 2016, pp. 1-34; ZIMMERMANN, A.; MAHLER, C., "Article 1 A, para. 2 (Definition of the Term Refugee)", en ZIMMERMANN, A.; MACHTS, F.; DÖRSCHNER, J. (ed.), *The 1951 Convention...*, cit. supra, §293.

⁴⁶⁶ STEVENS, D., "What do we mean by protection?", cit. supra, p. 237.

⁴⁶⁷ GOODWIN-GILL, G. S., "The language of protection", cit. supra., p. 6.

⁴⁶⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 288-295, citando sentencias de la jurisprudencia canadiense, neozelandesa, australiana o británica.

⁴⁶⁹ Así se establece en el artículo 7.2 de la Directiva de reconocimiento, de acuerdo con el cual la protección deberá ser "efectiva y de carácter temporal". De acuerdo con dicho precepto, se entenderá que existe esa protección cuando los agentes protectores "tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves" y "el solicitante tenga acceso a esa protección".

⁴⁷⁰ STOREY, H., "The Meaning of Protection...", cit. supra, p. 14.

⁴⁷¹ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 295.

El solicitante de asilo puede haberse visto privado de la protección de su Estado de origen tanto por la falta de voluntad de éste para ofrecérsela como por su incapacidad para garantizar la seguridad de sus súbditos⁴⁷². El primero de estos supuestos es el caso paradigmático en el que un Estado es el causante de la persecución, bien por perseguir activamente -mediante leyes, prácticas o políticas discriminatorias-, bien por tolerar o motivar la persecución. Es el caso, por ejemplo, de los Estados que criminalizan las orientaciones sexuales y las expresiones o identidades de género no normativas cuando aplican directamente estas normas, pero también cuando, de manera indirecta, promueven la persecución a las personas LGBTI por sus familias u otros agentes no estatales. Tal y como ha denunciado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las leyes criminalizadoras:

“ actúan como barreras a la hora de denunciar y pueden contribuir a incidentes de victimización secundaria en los que las víctimas de actos violentos sufren acoso, humillación, abuso o detención cuando tratan de denunciar ataques y buscan la protección de la policía.”⁴⁷³

La incapacidad del Estado para proteger se refiere a una situación no tan común al momento de redactar la CG51 pero muy relevante en los flujos actuales de solicitantes de asilo: la persecución por parte de agentes no estatales cuya acción supera las capacidades protectoras del Estado de origen.

Se han desarrollado dos posturas que proponen métodos diferentes de analizar la capacidad del Estado. De un lado, los defensores de aplicar un criterio de diligencia debida, cuyo principal referente es la decisión de la Cámara de los Lores de Reino Unido sobre el caso *Horvath*⁴⁷⁴, en el que resolvía la apelación de un nacional eslovaco de etnia gitana al que se le había denegado el asilo en Reino Unido. La postura de los Lores en relación con la exigencia de protección por parte del Estado queda reflejada en la opinión de Lord Clyde:

“La suficiencia de la protección estatal no se mide por la existencia de un riesgo real de vulneración de los derechos sino por la disposición de un sistema de protección del ciudadano y una voluntad razonable del Estado de hacerlo funcionar”⁴⁷⁵.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 303.

⁴⁷³ ACNUDH, *Vivir libres e iguales*, cit. supra, p. 32.

⁴⁷⁴ Reino Unido, House of Lords, *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, UKHL 37 [2000], de 6 de julio de 2000 (“Horvath”).

⁴⁷⁵ *Ibid.*

Según este razonamiento, el Estado de origen no sólo debe evitar que sus nacionales sufran persecución, sino que tiene que disponer mecanismos protectores que no excluyan a nadie por razones discriminatorias y castiguen todos aquellos actos que impliquen persecución. Se trata, por tanto, de una obligación de medios, por lo que un solicitante de asilo podría ver su petición denegada en caso de que la autoridad decisoria estime que, aun cuando el riesgo para sus derechos humanos ha quedado demostrado, el Estado ha observado la debida diligencia al intentar protegerle⁴⁷⁶. Esta doctrina deriva de las normas de responsabilidad de los Estados, pudiendo ser aplicables los principios de dicha responsabilidad al considerar si la protección de un Estado es suficiente⁴⁷⁷.

De otro lado, se ha propuesto -con bastante éxito en la jurisprudencia- que la protección frente a la persecución debe ser efectiva, es decir, de un nivel tal que reduzca el riesgo por debajo de lo que razonablemente se consideraría un daño constitutivo de persecución⁴⁷⁸. Frente a la obligación de medios que implica el criterio de *Horvath*, se trataría de una obligación de resultado. El ACNUR comparte este criterio, pues entiende que debe presumirse que el Estado no tiene ni la voluntad ni la capacidad de proteger cuando criminaliza las orientaciones sexuales o identidades y expresiones de género diversas⁴⁷⁹, por lo que no sería razonable esperar que el solicitante acudiera a las autoridades en caso de sufrir una vulneración en sus derechos humanos. De modo que el centro del análisis no debe estar en si el solicitante ha buscado el auxilio de su Estado, sino en la probabilidad de que pudiera tener expectativas de conseguir su protección de manera efectiva.

Es posible encontrar esta doctrina aplicada en varios casos de solicitantes LGBTI. Así, en *Guerrero v. Canada*⁴⁸⁰, el Tribunal Federal canadiense ordenaba revisar una decisión denegatoria del asilo a una mujer lesbiana nacional de Perú que había sido agredida y discriminada en numerosas ocasiones por su orientación sexual. En la resolución impugnada, aun considerando probado que la policía peruana se burló de sus

⁴⁷⁶ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 295.

⁴⁷⁷ GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, cit. supra, p. 100.

⁴⁷⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 315.

⁴⁷⁹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §36.

⁴⁸⁰ Canadá, Federal Court, *Janet Graciela Guerrero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 860, de 8 de julio de 2011.

denuncias⁴⁸¹, se entendía que podría haber acudido a otras instituciones como el Ministerio del Interior o al de Defensa para su protección⁴⁸². Sin embargo, el Tribunal Federal entendía que esos organismos únicamente disponen de mecanismos para realizar investigaciones internas, pero no se podía esperar de la solicitante que acudiera a ellos para obtener la protección que necesita⁴⁸³. Para el tribunal, la homofobia estructural e institucionalizada de las autoridades peruanas hacía imposible que las personas LGBTI pudieran esperar razonablemente ser protegidas por ellas⁴⁸⁴.

En el caso *Vitug*⁴⁸⁵, el Noveno Circuito estadounidense conoció del recurso de un nacional filipino que alegaba haber sufrido persecución en su Estado de origen ante la pasividad de las instituciones. En concreto, había sido discriminado y señalado por sus “maneras femeninas” en la escuela tanto por profesores como por compañeros, había sufrido varias agresiones en la calle, la policía le había acosado por su orientación sexual y le era imposible encontrar trabajo por el contexto generalizado de discriminación hacia los hombres homosexuales⁴⁸⁶. El Sr. Vitug no denunció estos incidentes porque, dada su experiencia con las autoridades filipinas, tenía miedo de que la policía volviera a atacarle o se burlara de él. Su testimonio fue considerado creíble y se entendió probado que denunciar los ataques habría sido inútil o, incluso, podría haberle puesto en riesgo de sufrir nuevos abusos⁴⁸⁷. Por tanto, no le habrían proporcionado una protección efectiva.

Si bien en estos casos la credibilidad de los solicitantes no fue discutida, la información del país de origen puede resultar esencial para valorar la falta de voluntad o capacidad de las autoridades de proteger. No obstante, en ocasiones no es valorada de forma correcta o es analizada a través de presunciones o estereotipos sin base jurídica.

⁴⁸¹ *Ibid.*, §10.

⁴⁸² *Ibid.*, §11.

⁴⁸³ *Ibid.*, §13-14.

⁴⁸⁴ *Ibid.* La autoridad que adoptó la decisión impugnada ignoró esta realidad hasta tal punto que afirmaba que la homofobia era un problema de “todos los peruanos”, y que Perú ha hecho esfuerzos por “luchar contra la corrupción”, sin explicar en qué mejoraban dichos esfuerzos la situación de las personas LGBTI (§12). La solicitante había tenido problemas hasta para encontrar un abogado en su país de origen por el miedo a sufrir represalias en su reputación profesional (§10).

⁴⁸⁵ Estados Unidos, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Dennis Quiambao Vitug, petitioner, v. Eric H. Holder Jr., Attorney General, respondent*, 07-74754, 08-71038 y 08-72088, de 24 de julio de 2013, resumen disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2013/07/24/07-74754.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 6.

Como en el asunto *Castro-Martinez*⁴⁸⁸, en el cual un hombre nacional de México, homosexual y seropositivo solicitó el asilo alegando que en su país había sufrido agresiones físicas y sexuales desde su niñez. Alegaba que no podía haber acudido a sus padres -pues sus agresores le habían amenazado de muerte en caso de que lo hiciera- ni a las autoridades, al no considerarlas fiables para las personas LGBTI. A pesar de que su testimonio fue considerado creíble y de que la información de la cual disponía el tribunal sobre el trato que la policía daba a los homosexuales confirmaba los temores del solicitante, el Noveno Circuito denegó su petición por entender que la policía no ignoraría los abusos sufridos por un menor, aunque éste fuera gay⁴⁸⁹. Esta decisión fue criticada posteriormente por el mismo tribunal en su opinión sobre el caso *Bringas-Rodriguez*⁴⁹⁰ por establecer un listón mayor para los menores homosexuales, reconociendo las enormes dificultades que tiene un menor de edad víctima de agresiones sexuales para denunciar los abusos que sufre por sí mismo.

Por tanto, en los casos en los que la persecución es perpetrada por el Estado o agentes apoyados por él, la imposibilidad para el solicitante de beneficiarse de su protección parece clara. Sin embargo, cuando los perseguidores no tienen vinculación con el Estado habrá que analizar las posibilidades que tiene el solicitante de acceder a una protección efectiva frente a los abusos de los que es víctima. Con este fin, se deberá atender especialmente a la respuesta que haya recibido de las autoridades a sus peticiones de auxilio o a la información disponible sobre el trato dado por éstas a las personas LGBTI. Siguiendo las recomendaciones del ACNUR, la criminalización de las orientaciones sexuales o identidades y expresiones de género diversas debería ser entendida como una presunción de que la imposibilidad de acceder a una protección efectiva.

4.2. Agentes no estatales de protección y personas LGBTI.

⁴⁸⁸ Estados Unidos, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Rafael Castro-Martinez, petitioner, v. Eric H. Holder Jr., Attorney General, respondent*, 08-70343, de 5 de diciembre de 2011.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, §5-6.

⁴⁹⁰ Estados Unidos, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Carlos Alberto Bringas-Rodriguez, aka Patricio Iron-Rodriguez, petitioner, v. Jefferson B. Sessions III, Attorney General, respondent*, 13-72682, 8 de marzo de 2017, p. 37.

En ciertos sistemas de asilo -como en el SECA⁴⁹¹- se admite la posibilidad de que la protección sea garantizada por entidades y agentes no estatales. Hathaway y Foster critican esta idea⁴⁹², argumentando que las continuas referencias en la CG51 al “Estado de origen” -“country of nationality”, en su versión en inglés- implican que únicamente la protección proporcionada del Estado es relevante. Consideran además que la protección estatal no es equiparable a la que puedan ofrecer otro tipo de entidades o agentes, pues estos últimos no asumen el deber de proteger que caracteriza al Estado en relación con sus nacionales y cuya ausencia fundamenta la protección internacional de la CG51⁴⁹³. Por tanto, no podría exigirse de ellos la responsabilidad necesaria para garantizar dicha protección. Además, la pretensión de que agentes no estatales podrían ofrecer el mismo nivel de protección que un Estado iría en contra del propósito de la Convención de ofrecer un sustituto al país de origen que incumple su obligación de proteger⁴⁹⁴.

Por el contrario, otros autores como Storey defienden la adecuación a la CG51 de otras formas de protección distinta de la estatal, fundamentando su postura en que la Convención reconoce al menos un tipo de entidades distintas del Estado cuya protección es relevante: la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos⁴⁹⁵. El artículo 1 D CG51 excluye de la aplicación de la Convención a todas aquellas personas que reciban protección o asistencia de un órgano u organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR. Según este autor, tal precepto implicaría que la “protección es un género del cual el Estado es sólo una especie”⁴⁹⁶. Sin embargo, el artículo 1 D CG51 hace referencia a un tipo de protección no estatal muy concreta, que es la prestada por organismos de Naciones Unidas distintos del ACNUR. Utilizar dicho artículo para entender que los solicitantes de asilo que pueden beneficiarse de la protección de agentes no estatales - como un clan, tribu o milicia- no tienen derecho a la protección internacional supondría

⁴⁹¹ Artículo 7 Directiva de reconocimiento.

⁴⁹² HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 289-292.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 292.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 291.

⁴⁹⁵ STOREY, H., “The Meaning of Protection...”, cit. supra., p. 23.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

una limitación de la definición de refugiado contraria a la vocación expansiva de la CG51⁴⁹⁷.

Cuesta vislumbrar un supuesto en el que las personas LGBTI fueran perseguidas y, ante la incapacidad o falta de voluntad del Estado, pudieran acudir a algún agente no estatal y obtener de éste una protección suficientemente eficaz y no temporal. El odio y la violencia a las personas LGBTI se extienden a todos los ámbitos de la vida, y se desarrollan sobre las relaciones desiguales de poder en torno a las que se articulan el género y la sexualidad en general⁴⁹⁸, por lo que es difícil imaginar un sector de la sociedad lo suficientemente diferenciado y poderoso como para tener tanto la voluntad como la capacidad de garantizar la protección necesaria. Por tanto, consideramos que no debe esperarse de las personas LGBTI solicitantes de asilo que recaben la protección de agentes no estatales.

4.3. Alternativas internas de protección.

Estrechamente relacionado con la noción de protección se encuentra una figura de gran relevancia: la alternativa interna de protección (AIP)⁴⁹⁹. Se trata de un concepto ajeno a la CG51 pero que ha cobrado una gran relevancia por la voluntad de los Estados de acogida de delimitar sus obligaciones⁵⁰⁰. En caso de que el riesgo de persecución al

⁴⁹⁷ Así lo recomendó la Conferencia de Plenipotenciarios al expresar su “esperanza de que la Convención (...) tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo, e incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentren en su territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por esta Convención”, *Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas*, Documento A/CONF.2/108/Rev.1, de 25 de julio de 1951.

⁴⁹⁸ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §37.

⁴⁹⁹ Se utilizará preferentemente el término “alternativa interna de protección”. De un lado, estamos de acuerdo con Hathaway y Foster cuando descartan el uso de “alternativa interna de huida”, pues éste da a entender un análisis sobre lo que el solicitante pudo haber hecho con anterioridad a abandonar su país de origen, dando pie por tanto a una valoración retrospectiva de su solicitud y no de acuerdo con las circunstancias contemporáneas a su presentación. Del otro, coincidimos también con estos autores en que “alternativa interna de reubicación” no es un término correcto al hacer referencia a un lugar al que el solicitante pueda acceder físicamente, sin tener en cuenta necesariamente la protección de sus derechos en el mismo, *vid.* HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative...” cit. supra., p. 382.

⁵⁰⁰ SCHULTZ, J.L., “The right to refugee status and the internal protection alternative: what does the law say?”, en BURSON, B.; CANTOR, D.J., *Human rights and the refugee definition*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p. 278.

que se enfrenta el solicitante no esté presente en todo su Estado, no sería considerado como refugiado⁵⁰¹. La AIP tiene su principal antecedente en el *Manual* del ACNUR:

“Los temores de ser perseguido no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado. Así, en los conflictos étnicos o en caso de graves disturbios que entrañen una situación de guerra civil, la persecución de un grupo étnico o nacional determinado puede darse sólo en una parte del país. En tales situaciones, una persona no quedará excluida de la condición de refugiado simplemente porque podía haber buscado refugio en otra parte del mismo país si, a la luz de todas las circunstancias del caso, no hubiera sido razonable contar con que así lo hiciera”⁵⁰².

De modo que el ACNUR entiende que una región del Estado de origen será una AIP cuando concurren en ella dos requisitos: que sea segura y que sea razonable que el solicitante se hubiera trasladado a ella. Para Hathaway y Foster, esta conceptualización inicial del término resulta problemática por tres motivos⁵⁰³. En primer lugar, porque podría legitimar la utilización de la AIP como mecanismo de exclusión del estatuto de refugiado (“no quedará excluida...si...”). En segundo lugar, porque parece centrar el análisis no en las circunstancias existentes al momento de presentar la solicitud de asilo, sino en circunstancias pasadas que podrían hipotéticamente haber permitido la huida del solicitante a otro territorio dentro de su Estado de origen (“podía haber buscado refugio”). En tercer lugar, porque introduce un juicio sobre la razonabilidad de sus acciones sin dar detalle alguno sobre su contenido.

La definición contenida en el Manual ha sido desarrollada en dos líneas distintas. De un lado, se ha tratado de dar encaje a la AIP como componente del temor fundado a sufrir persecución. De acuerdo con esta postura, para valorar si el temor de un solicitante es fundado, debe evaluarse si dicho solicitante se encuentra protegido. La designación de una zona como AIP para un solicitante concreto se realizaría en el marco de un análisis holístico de la solicitud, de forma que si puede acceder a la protección de su Estado bien en su zona de origen, bien en otra, su temor no sería fundado⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ MARX, R., “The criteria of applying the “Internal Flight Alternative” test in national refugee status determination procedures”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, 2002, p. 183.

⁵⁰² ACNUR, *Manual*, §91.

⁵⁰³ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative...” cit. supra, p. 362.

⁵⁰⁴ KELLEY, N., “Internal flight/relocation/protection alternative: is it reasonable?”, *International Journal of Refugee Law*, 2002, Vol. 14, p. 8.

De otro lado, esta postura ha sido criticada por quienes defienden que cualquier consideración sobre la protección interna del Estado debe ser estudiada en el marco de la cláusula de protección del artículo 1 A 2) CG51⁵⁰⁵. Así, Hathaway y Foster argumentan que considerar la falta de alternativas de protección interna una parte del temor fundado a sufrir persecución tiene tres consecuencias negativas. En primer lugar, implica situar sobre el solicitante la carga de probar que no puede acceder a la protección de su Estado en ninguna otra región, imponiéndole el oneroso deber de demostrar que la persecución se extiende a todo el territorio⁵⁰⁶, una práctica criticada por el ACNUR⁵⁰⁷.

En segundo lugar, si se centra el análisis en la existencia de un temor fundado a sufrir persecución en todo el territorio del país de origen, se podría llegar a la conclusión de que el solicitante no correría ningún riesgo si se ocultara⁵⁰⁸, lo que remite claramente al mal llamado “criterio de discreción”. Según el ACNUR, la AIP no debe aplicarse de manera que vulnere los principios de derechos humanos, por lo que no puede esperarse de los solicitantes que repriman características fundamentales de su persona⁵⁰⁹. Como reza el Preámbulo de la CG51, todos “los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales”⁵¹⁰.

En tercer lugar, Hathaway y Foster critican que este concepto incentiva a las autoridades a que, al tomar una decisión sobre una solicitud de asilo concreta, evalúen directamente la posibilidad de aplicar la AIP sin entrar a analizar los potenciales riesgos de persecución a los que se enfrentaría el solicitante en su región de origen⁵¹¹.

4.3.1. Evaluación de la AIP: método holístico del ACNUR.

⁵⁰⁵ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 339.

⁵⁰⁶ *Ibid.* p. 337; MARX, R., “The criteria...” cit. supra, p. 183.

⁵⁰⁷ “En algunos casos los tribunales han requerido que los solicitantes prueben que no serían protegidos en ninguna parte del país, lo cual constituye una carga imposible y que claramente contradice la definición de refugiado, cuyo criterio clave es que la persona solicitante de asilo demuestre que tiene un temor fundado a persecución por una de las razones establecidas en la Convención.” ACNUR, *Interpretación del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*, cit. supra, p. 28.

⁵⁰⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 338.

⁵⁰⁹ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N° 4: la “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Documento HCR/GIP/03/04, de 23 de julio de 2003, (“Directrices núm. 4”) §19.

⁵¹⁰ Preámbulo CG51.

⁵¹¹ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative...” cit. supra, p. 370.

El ACNUR no se decanta por ninguna de estas dos posiciones⁵¹², sino que recomienda un método holístico estructurado en torno a cinco preguntas que inciden en la protección a la que tendría acceso el solicitante de asilo: ¿puede realmente el solicitante acceder a la zona interna de protección propuesta de forma segura y legal? ¿el agente de persecución es el Estado? ¿es un agente no estatal? ¿se expondría el solicitante a nuevos riesgos en la AIP? ¿podría el solicitante, en el contexto de su Estado de origen, tener una vida relativamente normal sin enfrentarse a dificultades excesivas? Las primeras cuatro preguntas son admitidas por la doctrina de forma generalmente pacífica⁵¹³; no así la última de ellas.

La primera pregunta se refiere a la posibilidad del solicitante de acceder al área propuesta desde el territorio Estado de acogida⁵¹⁴, y no desde la región de origen del solicitante, pues el análisis de una solicitud debe hacerse al momento de su presentación. Un área no podrá ser considerada como AIP si para acceder a ella existen barreras que no es razonable esperar que sean superadas por el solicitante. Por ejemplo por implicar un peligro para su integridad física⁵¹⁵ o suponer obstáculos naturales insalvables⁵¹⁶. Tampoco si el solicitante debe atravesar el área en el que se produce la persecución original⁵¹⁷ o si no puede ingresar legalmente en la misma⁵¹⁸.

⁵¹² . “Algunos han ligado el concepto de huida interna o reubicación, a la cláusula de la definición [de refugiado] relativa a los “fundados temores de ser perseguida”; otros, a la cláusula donde se habla de la persona que “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de [su] país”. Estos enfoques no son necesariamente contradictorios, puesto que la definición consiste en un examen integral de elementos que están relacionados. El cómo se relacionan estos elementos, y la importancia que se le ha de otorgar a uno u otro elemento, necesariamente deberá determinarse en base a los hechos de cada caso individual.”, ACNUR, *Directrices núm. 4*, cit. supra, §3.

⁵¹³ HATHAWAY y FOSTER varían su formulación sin cambiar en esencia el fondo: “First, can the applicant safely, legally and practically access an internal site of protection? Second, will the applicant enjoy protection from the original risk of being persecuted? Third, will the site provide protection against any new risks of being persecuted or of indirect *refoulement*?”, donde la segunda de estas preguntas engloba la cuestión de quién es el agente perseguidor. HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 361.

⁵¹⁴ KELLEY, N. “Internal flight...”, cit. supra, p. 14.

⁵¹⁵ ACNUR, *Directrices núm. 4*, cit. supra, §10.

⁵¹⁶ MARX, R., “The criteria...” cit. supra, p. 185.

⁵¹⁷ ACNUR, *Directrices núm. 4*, cit. supra, §11.

⁵¹⁸ *Ibid.* 12. Es interesante en este aspecto de la AIP la reflexión de MARX, R. con respecto a si un Estado de tránsito obligado entre el Estado de acogida y la AIP propuesta permite o no el acceso a dicha zona, en MARX, R., “The criteria...”, cit. supra, p. 186.

En cuanto a las preguntas segunda y tercera, responden a una misma preocupación sobre si en la zona propuesta se da o no la persecución sufrida originalmente. Es decir, la AIP debe ser un lugar en el que desaparezca el temor fundado a sufrir persecución⁵¹⁹. Para determinar este extremo, es necesario evaluar las circunstancias fácticas que rodean tanto la situación general del país de origen como la personal del solicitante para asegurarse de que evitaría la persecución⁵²⁰.

Por esta razón, la diferencia que el ACNUR hace en sus *Directrices núm. 4* entre la persecución efectuada por agentes del Estado y la que perpetran agentes no estatales reviste una gran importancia. En el primer caso, debe prevalecer una presunción *iuris tantum* de que no existe zona segura alguna, pues se asume que las autoridades controlarán la totalidad del territorio del Estado⁵²¹. Esta presunción puede ser desvirtuada en circunstancias excepcionales si se demuestra que su poder está claramente limitado a un área geográfica determinada⁵²². En el caso de los agentes de persecución no estatales, dependerá de si sus acciones son toleradas por el Estado -lo que podría ser un indicio claro de que no cabe la aplicación de la AIP⁵²³- o no, deberá valorarse tanto la capacidad y voluntad del agente perseguidor de seguir al solicitante⁵²⁴ como las del Estado de protegerle efectivamente⁵²⁵. Seguidamente, debe evaluarse si en la zona propuesta el solicitante puede sufrir nuevos riesgos en su vida, su seguridad, su libertad o su salud, en cuyo caso no procederá designarla como AIP. De acuerdo con el ACNUR, tal será la consecuencia tanto si el riesgo de sufrir daños se basa en los motivos del artículo 1 como si no se encuentran directamente relacionados con la CG51⁵²⁶.

Una vez establecido que el solicitante puede acceder de forma segura y legal a la zona propuesta y que en la misma no sufrirá ni el riesgo de persecución original ni ningún otro, se debe formular una última pregunta. En las *Directrices núm. 4*, el ACNUR

⁵¹⁹ HATHAWAY, J.C., *et al.*, “The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999, §15.

⁵²⁰ MARX, R., “The criteria...”, *cit. supra*, p. 187.

⁵²¹ ACNUR, *Directrices núm. 4*, *cit. supra*, §13.

⁵²² ACNUR, *ibid.*

⁵²³ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, *cit. supra.*, p. 347.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 345.

⁵²⁵ ACNUR, *Directrices núm. 4*, *cit. supra*, §15-17

⁵²⁶ *Ibid.*, §20.

recomienda analizar si es “razonable” para el solicitante ser enviado a la zona propuesta, para lo cual es preciso atender a sus circunstancias personales y la existencia de persecuciones pasadas, así como a la seguridad, el respeto a los Derechos Humanos y las posibilidades de sobrevivir económicamente en dicho lugar⁵²⁷.

Este método ha sido apoyado por gran parte de la jurisprudencia⁵²⁸, que recurre a una amplia gama de criterios para determinar si el traslado del solicitante a la AIP propuesta es razonable⁵²⁹. Sin embargo, es precisamente esta variedad -originada en la indeterminación del término razonabilidad⁵³⁰- la que ha recibido mayores críticas por la doctrina al impedir la formulación de criterios interpretativos uniformes, con el consiguiente riesgo de decisiones divergentes para casos similares o de la utilización ideológica de esta figura⁵³¹.

4.3.2. *Test de la protección efectiva.*

Con el fin de crear un método de análisis uniforme, se ha propuesto sustituir el método holístico del ACNUR por uno basado en el grado de “protección efectiva” estatal del que disfrutaría el solicitante en la AIP⁵³². De acuerdo con Hathaway y Foster, el grado de protección efectiva aceptable sería aquel que garantizara los derechos contenidos en los artículos 2 a 34 CG51⁵³³, es decir, los derechos de los que gozaría un refugiado en un Estado de asilo. Ahora bien, no solo debe existir una estructura que proteja estos derechos, sino que el solicitante debe ser capaz de acceder a ellos sin sufrir discriminación⁵³⁴.

El primer problema que plantea esta propuesta es claro: los derechos contenidos en la CG51 obligan a los Estados de acogida, no a los Estados de origen, de ahí que estos

⁵²⁷ ACNUR, *Directrices núm. 4*, cit. supra, §24.

⁵²⁸ GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, cit. supra, pp. 124-126; HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., pp. 350-351.

⁵²⁹ “In national jurisprudence individual circumstances like language, knowledge, education, skills, previous stay or employment in the proposed site, local ties, sex, civil status, age and life experience, family responsibilities, social facilities, health and medical care, available or realizable assets, and so forth are taken into account.”, MARX, R., “The criteria...”, cit. supra, p. 209.

⁵³⁰ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative...” cit. supra, p. 383.

⁵³¹ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 352 y 353.

⁵³² Traducción propia de “*affirmative protection*”, HATHAWAY, J.C., *et al.*, “The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, cit. supra.

⁵³³ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 357.

⁵³⁴ *Ibid*, p. 358.

autores hayan matizado su propuesta haciendo referencia a que esos derechos deben servir de “inspiración” para las autoridades cuando evalúen la posibilidad de establecer una AIP⁵³⁵. Kelley ha criticado esta postura por entender que se trata de un estándar de protección demasiado limitado⁵³⁶, proponiendo en su lugar un “test de razonabilidad basado en los Derechos Humanos”⁵³⁷. Ahora bien, tal y como señalan Hathaway y Foster⁵³⁸, se trata de un enfoque igualmente reducido, ya que únicamente toma en consideración los derechos políticos y civiles, ignorando por tanto los derechos sociales y económicos de los que disfrutaría un refugiado en un Estado parte de la Convención. Además, impone al refugiado la carga de probar cuáles de sus derechos se verían vulnerados en la AIP propuesta y la medida en que son fundamentales para su persona⁵³⁹. A nuestro juicio, no sería muy distinto de exigir al solicitante que acredite sufrir persecución en todo el territorio del Estado, y supondría contrariar el criterio de ACNUR previsto tanto en su *Manual*⁵⁴⁰ como en las *Directrices núm. 4*⁵⁴¹, según los cuales la carga de probar un alegato corresponde a quien lo formula -en el caso de la IPA, la autoridad decisoria que la proponga-.

Por su parte, Marx ha criticado el método de Hathaway y Foster por dos razones. Primero, porque el deber de *non-refoulement* se fundamentaría únicamente en el artículo 33 CG51, y no en los artículos 2 a 32, por lo que los Estados parte no estarían obligados a abstenerse de expulsar a un solicitante a una región que no cumpla con los estándares de protección previstos en los mismos⁵⁴². Segundo, porque la CG51 está construida específicamente en torno a la protección de las personas que se encuentran fuera de su Estado de origen y no pueden acogerse a su protección, por lo que no tendría sentido aplicar tales estándares de protección a los nacionales que se hallen en el territorio de su Estado al no tratarse de situaciones comparables⁵⁴³.

⁵³⁵ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative...” cit. supra, p. 409.

⁵³⁶ KELLEY, N. “Internal flight...”, cit. supra, p. 35.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 37.

⁵³⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 355.

⁵³⁹ KELLEY, N. “Internal flight...”, cit. supra, p. 39.

⁵⁴⁰ ACNUR, *Manual*, cit. supra, 196.

⁵⁴¹ ACNUR, *Directrices núm. 4*, cit. supra, 33 a 35.

⁵⁴² MARX, R., “The criteria...”, cit. supra, p. 203.

⁵⁴³ *Ibid.* p. 203.

No obstante lo anterior, consideramos que, teniendo en cuenta que el Estado de acogida sí se halla vinculado por la CG51, y que es éste quien adopta la decisión sobre la AIP, es preferible recurrir a criterios y estándares de protección fundamentados en el texto de la Convención. Por tanto, la propuesta de HATHAWAY y FOSTER sería, a nuestro juicio, la más acercada a una aplicación del concepto de IPA justa y adecuada al Derecho de los refugiados. Sin embargo, consideramos también que debe hacerse especial énfasis en que se trata de un estándar de mínimos⁵⁴⁴, por lo que no consigue ser un criterio que uniforme por completo la utilización de la IPA por los distintos Estados parte en la Convención -aunque sigue siendo preferible a un análisis de la razonabilidad de la AIP de contornos difusos-.

4.3.3. La AIP y las personas LGBTI.

En lo que respecta a las personas LGBTI, lo cierto es que la IPA se ha convertido en un mecanismo cada vez más usado para denegar la protección a este colectivo⁵⁴⁵. Sin embargo, el ACNUR se limita a hacer varias observaciones en sus *Directrices núm. 9*. Así, precisa que, al evaluar la seguridad de la AIP para el solicitante de asilo, debe tenerse en cuenta la legislación del Estado. De forma que, en el caso de los Estados que criminalizan las orientaciones sexuales o las identidades y expresiones de género no normativas, por lo general éstas estarán vigentes en todo el territorio y no habrá lugar a considerar una posible AIP⁵⁴⁶.

El ACNUR hace también hincapié en que la intolerancia hacia las personas LGBTI suele estar presente en todo el territorio del Estado. Como se ha indicado en relación con los agentes de protección no estatales, el odio hacia este colectivo abarca con mucha frecuencia todos los ámbitos de la vida y todos los sectores de la sociedad, por lo que cuesta imaginar un caso en el que realmente una persona LGBTI pudiera gozar de la protección que se le niega en su territorio. Además, tampoco puede esperarse de ella que

⁵⁴⁴ “At a minimum, therefore, conditions in the proposed site of internal protection ought to satisfy the affirmative, yet relative, standards set by this textually explicit definition of the content of protection”, HATHAWAY, J.C., *et al.*, “The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, cit. supra, 22.

⁵⁴⁵ LAVIOLETTE, N., “UNHCR Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity’: a critical commentary”, cit. supra, p. 200.

⁵⁴⁶ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §53.

oculte o reprima su personalidad al ser enviada a otra región de su Estado de origen, lo que equivaldría una vez más a aplicar el mal llamado criterio de discreción⁵⁴⁷.

Por estos motivos, entendemos que, con carácter general, no debería utilizarse la AIP para rechazar las solicitudes presentadas por personas LGBTI. Especialmente en el caso de que la persecución sea perpetrada por agentes del Estado, pero también cuando los agentes no estatales tengan capacidad para alcanzar al solicitante o éste no pueda evitarlos (por ejemplo, porque una mujer, niño o niña no puedan vivir separados de sus familiares cuando son éstos quienes ejercen la persecución⁵⁴⁸).

El hecho de que se hayan producido avances en la situación de las personas LGBTI en ciertas zonas -como pueden ser las grandes ciudades- puede ser, a juicio del ACNUR, un motivo para considerarlas una AIP⁵⁴⁹. Sin embargo, el análisis de estas AIP debe ser especialmente cuidadoso, y no basarse en estereotipos o en presunciones sin fundamento como que la mera presencia de asociaciones LGBTI o locales de encuentro para este colectivo convierten una ciudad automáticamente en un lugar seguro⁵⁵⁰.

5. LAS PERSONAS LGBTI COMO GRUPO SOCIAL DETERMINADO

Una persona que se encuentre fuera de su Estado de origen -o residencia, si se trata de una persona apátrida- que no pueda o no quiera regresar al mismo por albergar temores fundados de sufrir persecución únicamente recibirá la protección del estatuto de refugiado si demuestra que dicha persecución se debe a alguna de las razones previstas en el artículo 1 CG51: raza, nacionalidad, religión, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado. Si bien, como se verá, este último será el más relevante en el caso de las personas LGBTI, es preciso señalar que los motivos de persecución no son excluyentes

⁵⁴⁷ *Ibid.*, §54.

⁵⁴⁸ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §56; ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional núm. 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*, Documento HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002.

⁵⁴⁹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §55.

⁵⁵⁰ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 43. Jansen y Spijkerboer recogen el ejemplo de una sentencia holandesa en la que se consideraba un área turística de Gambia como una AIP porque “debido a la moral sexual relajada de esa zona, un hombre gay podría vivir con cierto anonimato”, ignorando que la situación de un turista occidental de clase alta y de un nacional gambiano no son probablemente las mismas ni las autoridades los tratarían de la misma forma, incluso siendo ambos homosexuales.

entre sí ya que una misma persona puede reunir varias circunstancias que la conviertan en especialmente vulnerable a sufrir persecución.

5.1. Interseccionalidad en la persecución a las personas LGBTI.

La interseccionalidad, entendida como la confluencia y combinación en una misma persona de varias categorías de discriminación u opresión⁵⁵¹, es un elemento habitual en la persecución a las personas LGBTI en el mundo. Como explica el EI-LGBTI:

“La violencia y la discriminación no suelen aparecer como acontecimientos singulares sino como parte de un círculo vicioso prolongados. Son múltiples, se multiplican y están inextricablemente vinculadas a los planos emocional, psicológico, físico y estructural. Están interrelacionadas de diversas maneras, y con mayor claridad cuando la víctima no solo es atacada o discriminada por tener diferente orientación sexual o identidad de género, sino también por motivos de raza, origen étnico, edad, género o pertenencia a una minoría o comunidad indígena. La víctima también podría ser, por ejemplo, un niño, una niña, una persona intersexual, un refugiado, un desplazado interno, un trabajador migrante o una persona con discapacidad. La interseccionalidad abarca el conjunto de incidentes, agentes, autores y víctimas, éstas victimizadas un número infinito de veces, posiblemente en distintas etapas de la vida.”⁵⁵²

Así queda reflejado también en resoluciones y documentos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵⁵³, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵⁵⁴, el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas

⁵⁵¹ Término propuesto por Crenshaw en CRENSHAW, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989-1, 1989, pp. 139-167. *Vid. et.* SUSSNER, P., “Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, cit. supra, pp. 176-188; RAHMAN, M., “Queer as intersectionality: Muslim identities”, *Sociology*, Vol. 44-5, 2010, pp. 944-961; LA BARBERA, M.C., “Interseccionalidad”, *Eunomía*, Vol. 12, 2017, pp. 191-198.

⁵⁵² EI-LGBTI, *Informe del EI-LGBTI al CDH 2017*, cit. supra, §39.

⁵⁵³ “3. Decides to appoint, for a period of three years, an Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, with the following mandate: (...) (e) To address the multiple, intersecting and aggravated forms of violence and discrimination faced by persons on the basis of their sexual orientation and gender identity”, CDH, *Resolución 32/2*, cit. supra, §3.

⁵⁵⁴ “La discriminación contra las personas LGBT a menudo se ve exacerbada por otros factores de identidad, como el sexo, el origen étnico, la edad y la religión”, ACNUDH, *Informe ACNUDH LGBTI 2015*, cit. supra.

para los Refugiados, el Comité de Derechos del Niño⁵⁵⁵, el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁵⁶ o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵⁷.

De modo que, aun cuando las personas LGBTI constituirán por lo general un grupo social determinado a efectos del procedimiento de asilo, debe tenerse en cuenta que la persecución de la que huyen puede estar motivada por la intersección de varios factores que contribuyen conjuntamente a su marginalización y discriminación⁵⁵⁸. En cualquier caso, se cumplirán con los requisitos de la definición de refugiado con independencia de que la persecución se produzca por un motivo o por la combinación de varios⁵⁵⁹, recayendo la obligación de dilucidar qué motivo de persecución sustancia una solicitud en la autoridad que la examine⁵⁶⁰.

5.2. Criterios para determinar la pertenencia a un grupo social determinado.

Con frecuencia, los solicitantes de asilo LGBTI han recibido protección frente a la persecución basada en su orientación sexual o identidad de género, configurándose como la pertenencia a un grupo social determinado⁵⁶¹. Incluso ha sido calificado como un ejemplo paradigmático de este motivo de persecución⁵⁶². No obstante, la persecución por

⁵⁵⁵ “En el contexto de la migración internacional, los niños pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración que: a) son ellos mismos migrantes, ya sea solos o con sus familias; b) nacieron de padres migrantes en los países de destino; o c) permanecen en su país de origen mientras uno o ambos padres han migrado a otro país. Otras vulnerabilidades pueden estar relacionadas con su origen nacional, étnico o social; género; orientación sexual o identidad de género; religión; discapacidad; situación en materia de migración o residencia; situación en materia de ciudadanía; edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición”, CRC & CTM, *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, Documentos CMW/C/GC/4 y CRC/C/GC/23, de 16 de noviembre de 2017, §3.

⁵⁵⁶ “Member states are encouraged to take measures to ensure that legal provisions in national law prohibiting or preventing discrimination also protect against discrimination on multiple grounds, including on grounds of sexual orientation or gender identity; national human rights structures should have a broad mandate to enable them to tackle such issues”, CoE, *Recommendation CM/REC(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discriminations on grounds of sexual orientation or gender identity*, de 31 de marzo de 2010, Apéndice, §46.

⁵⁵⁷ CIDH, *Violencia contra las personas LGBTI...*, cit. supra, Capítulo 5: “Violencia e Intersección con otros grupos”.

⁵⁵⁸ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §3.

⁵⁵⁹ ACNUR, *Manual*, §66.

⁵⁶⁰ *Ibid.* §67.

⁵⁶¹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §40.

⁵⁶² FOSTER, M., “The ‘ground with the least clarity’: a comparative study of jurisprudential developments relating to ‘membership of a particular social group’”, *Legal and protection policy research series*, Documento PPLA/2012/02, 2012, p. 5.

razones de pertenencia a un grupo social determinado también ha sido denominado como el “menos claro”⁵⁶³.

El *Manual* de ACNUR se limita a definir a un grupo social determinado como aquel colectivo formado por “personas de antecedentes, costumbres o condición social similares”⁵⁶⁴. Al igual que en el caso de las personas que huyen de la mutilación genital femenina⁵⁶⁵, las víctimas de violencia doméstica⁵⁶⁶ o de las mujeres en general⁵⁶⁷, esta definición no permite por sí sola deducir si las personas LGBTI constituyen un grupo social. En líneas generales, se han propuesto dos métodos bastante extendidos⁵⁶⁸.

5.2.1. Criterio ‘*ejusdem generis*’ o de características protegidas.

El criterio *ejusdem generis* o test de características protegidas/innatas fue desarrollado por primera vez por el Board of Immigration Appeals estadounidense (BIA) en su decisión sobre el caso *Acosta*⁵⁶⁹. En ella, el BIA debía resolver el recurso presentado por un nacional salvadoreño frente a una sentencia de primera instancia que confirmaba una orden de expulsión contra él. El Sr. Acosta trabajaba como taxista en El Salvador, donde tras formar una cooperativa junto a otros taxistas, sufrió amenazas y agresiones por parte de una guerrilla local que había exigido a la cooperativa que dejara de prestar sus servicios. Para valorar si el colectivo “taxistas pertenecientes a una cooperativa” formaba un grupo social determinado a efectos de la definición de refugiado, recurre a un método de interpretación legal: el *ejusdem generis* (“del mismo tipo”), según el cual aquellos términos generales que se encuentren en una enumeración junto a otros más específicos deben ser entendidos de forma consistente con los específicos.

⁵⁶³ ACNUR, *Directrices de protección internacional* núm. 2: “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, Documento HCR/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002, (“Directrices núm. 2”), §1.

⁵⁶⁴ ACNUR, *Manual*, §77.

⁵⁶⁵ SALINAS DE FRÍAS, A., “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.; ORTEGA TEROL, J.M., *Inmigración y asilo*, cit. supra, pp. 93-129.

⁵⁶⁶ HEYMAN, M.G., “Asylum, social group membership and the non-state actor: the challenge of domestic violence”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 36-4, 2003, pp. 767-814.

⁵⁶⁷ FOSTER, M., “Why we are not there yet: the particular challenge of ‘particular social group’”, en ARBEL, E.; DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J., *Gender in Refugee Law: From the margins to the centre*, Routledge, Londres/Nueva York, 2014, pp. 17-45.

⁵⁶⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra., p. 426.

⁵⁶⁹ Estados Unidos, Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta in deportation proceedings A-24159781*, Interim Decision #2986, de 1 de marzo de 1985.

Aplicando este criterio interpretativo, el BIA parte de que los conceptos “raza”, “religión”, “opinión política” y “nacionalidad” hacen referencia a características de la persona que son inmutables, bien porque son imposibles de modificar -por ser innatas o por tratarse de hechos llevados a cabo por la persona en el pasado-, bien porque son tan fundamentales para la identidad de la persona que no deberían ser cambiados. Por tanto, un grupo social estaría formado por personas que compartan una característica inmutable común a todas ellas. Así:

“To mean that persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership”⁵⁷⁰.

Aunque en el caso *Acosta* en particular el BIA no considerara la existencia de un grupo social determinado, este enfoque ha encontrado una gran acogida en sentencias posteriores de Canadá, Nueva Zelanda, República Sudafricana o Reino Unido⁵⁷¹. Por su parte, el ACNUR entiende como características protegidas aquellas que sean 1) innatas, 2) inmutables por manifestar un hecho ocurrido en el pasado o 3) tan fundamentales para la dignidad humana que nadie puede ser obligado a renunciar a ellas⁵⁷².

5.2.2. *Criterio de percepción social.*

Distanciándose de los Estados en los que se aplicaba el criterio *ejusdem generis*, los tribunales de Australia y Francia desarrollaron de forma paralela⁵⁷³ un “criterio de percepción social”, si bien con importantes diferencias entre ambos. De un lado, la jurisprudencia australiana entendió que un colectivo sería considerado como un grupo social determinado si sus miembros comparten un mismo atributo y son percibidos por la sociedad como distintos⁵⁷⁴. Posteriormente, matizaría este criterio al entender que no es imprescindible que la propia sociedad considere a un grupo determinado como

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ MAROUF, F.E., “The emerging importance of ‘social visibility’ in defining a particular social group and its potential impact on asylum claims related to sexual orientation and gender”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 27, 2008/2009, pp. 47-106.

⁵⁷² ACNUR, *Directrices* núm. 2, §6.

⁵⁷³ FOSTER, M., “The ‘ground with the least clarity’...” cit. supra, p. 9.

⁵⁷⁴ “What distinguishes their members from other persons in their country is a common attribute and a societal perception that they stand apart”, *Vid.* Australia, High Court, *Applicant A v Minister for Immigration & Ethnic Affairs* [1997], HCA 4, de 24 de febrero de 1997 (“Applicant A”).

diferente⁵⁷⁵. En su lugar, debe ser analizado de manera objetiva⁵⁷⁶, por lo que basta con que las personas que reúnan esa característica común sean identificables como diferentes⁵⁷⁷, con independencia de que su sociedad admita su existencia o no. En la misma sentencia, el tribunal se apoya en otra decisión australiana en la que consideró a los homosexuales como un grupo social determinado, usándola como ejemplo para ilustrar este matiz⁵⁷⁸. Así, en el asunto *S395 & S396*, el tribunal consideró probado que, aunque la sociedad bangladesí prefiriera negar la existencia de los homosexuales, lo cierto es que la policía y la propia población atacaban y discriminaban con frecuencia a los homosexuales por su orientación sexual⁵⁷⁹.

En las antípodas geográficas, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir del caso *Ourbih* -que versaba sobre la solicitud de una persona transgénero procedente de Argelia- requería que los miembros del grupo social compartan una característica que los haga distintos a ojos de las autoridades y la sociedad de su país de origen⁵⁸⁰. Es decir, exige una manifestación externa del rasgo que les distingue del resto, sin la cual no sería percibido como miembro de un grupo social determinado⁵⁸¹. Tal manifestación podría consistir en la oposición voluntaria frente al “sistema” o en la mera disconformidad, real o aparente, con sus normas⁵⁸².

5.2.3. *Compatibilidad y relaciones entre ambos criterios en su aplicación al colectivo LGBTI.*

⁵⁷⁵ “First, it is not necessary that “a particular social group” be recognised as a group that is set apart from the rest of society. Second, there is no requirement of a recognition or perception by the society in which the group exists, or some clearly identifiable section of that society, that the collection of individuals comprises “a particular social group””. *Vid.* Australia, High Court, *Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2004] HCA 25, de 27 de mayo de 2004, (“Applicant S”), §61.

⁵⁷⁶ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 428.

⁵⁷⁷ Australia, *Applicant S*, §63-64.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, §68.

⁵⁷⁹ Australia, *S395 & S396*, §10 y 17.

⁵⁸⁰ “(...) la situation des transsexuels en Algérie permettaient de regarder ces derniers comme constituant un groupe dont les membres seraient, en raison des aractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société, susceptibles d’être exposés à des persécutions”, Francia, Conseil d’Etat, *Ourbih*, 171858, de 23 de junio de 1997.

⁵⁸¹ FOSTER, M., “The ‘ground with the least clarity’...” cit. supra, p. 11, citando a CARLIER, J.-Y., “Droit d’asile et des réfugiés: de la protection aux droits”, *Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 213.

⁵⁸² GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, cit. supra, p. 86.

Ante dos enfoques tan diversos, el ACNUR optó por tratar de reconciliar ambas posturas en una sola definición:

“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”⁵⁸³.

De modo que plantea los dos criterios como alternativos -de ahí el uso de la conjunción “o”- para valorar la existencia de un grupo social determinado en los términos de la CG51. Ambos presentan ventajas e inconvenientes que, con el propósito de ser fieles al espíritu protector de la CG51, hacen que pueda ser interesante combinarlos. El criterio de las características protegidas ofrece un estándar bastante claro para las autoridades decisorias de qué rasgos de la persona merecen protección por ser inmutables. Sin embargo, podría ser demasiado inflexible con ciertos rasgos de una persona que, sin ser innatos ni inmutables, sí exponen a la persona a un riesgo de ser perseguida.

Una sentencia de la Audiencia Nacional española sobre la solicitud de asilo de una mujer transgénero costarricense puede ofrecer un ejemplo de este problema⁵⁸⁴. Entre las razones por las que se desestima el recurso, la Audiencia considera que la solicitante no ha sufrido persecución por razón de su “orientación sexual” (sic)⁵⁸⁵, sino por dedicarse a la prostitución⁵⁸⁶. Consideramos que se trata de un argumento erróneo porque, en contextos de discriminación generalizada que empuja a las mujeres transgénero a la prostitución como único medio de subsistencia⁵⁸⁷, no puede descartarse al colectivo de “mujeres transgénero que ejercen la prostitución” como grupo social determinado

⁵⁸³ ACNUR, *Directrices núm. 2*, §11.

⁵⁸⁴ España, Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), Sentencia sobre el recurso 697/2006, de 21 de julio de 2008.

⁵⁸⁵ La Audiencia Nacional valora esta solicitud como un caso de persecución por motivos de orientación sexual, a pesar de que, por el relato de los hechos, está claro que se trata de una mujer transgénero y, por tanto, el análisis debería centrarse en su identidad de género. Además y de manera poco afortunada, la ponente se refiere a la demandante en numerosas ocasiones utilizando pronombres masculinos. Esta confusión puede haber tenido un impacto en el resultado de la solicitud, pues la sentencia únicamente analiza la información del país de origen relativa a gays y lesbianas. *Vid., Ibid.*, §2.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, §5.

⁵⁸⁷ EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina*, Documento A/HRC/38/43/Add.1*, de 9 de abril de 2018, §36; NADAL, K.L.; DAVIDOFF, K.C.; FUJII-DOW, W., “Transgender women and the sex work industry: roots in systemic, institutional, and interpersonal discrimination”, *Journal of Trauma & Dissociation*, Vol. 15-2, p. 174;

expuesto a un riesgo de persecución. Esta problemática recuerda a la errónea distinción entre “identidad homosexual” y “actos percibidos como homosexuales” que se ha tratado en un epígrafe anterior. Siguiendo lo expuesto en ese punto, las mujeres transgénero que sufren violencia o discriminación por ejercer la prostitución la sufren, en última instancia, por ser personas transgénero, por lo que deberían ser consideradas un grupo social determinado basándose en su identidad de género.

Tampoco puede obviarse que este colectivo se halla en una intersección entre el género, la identidad de género y la clase social, entre la transmisoginia⁵⁸⁸ y el estigma que pesa sobre la prostitución, lo que las posiciona en una situación de gran vulnerabilidad. Por tanto, se trata de una cuestión que posiblemente se habría resuelto de una manera más favorable a la protección de las personas LGBTI de haberse aplicado el criterio de percepción social al tratarse de un grupo claramente distinguido del resto de la sociedad.

Sin embargo, centrar la atención en la percepción que la sociedad tiene del grupo puede tener un efecto contrario a los fines protectores de la CG51. Así, podría suponer que se exija del solicitante que manifieste externamente la característica que le haría ser percibido como diferente. En el caso de las personas LGBTI -sobre todo en los Estados criminalizadores- la invisibilidad es a menudo una cuestión de supervivencia, no de elección, como se ha analizado al discutir el criterio de discreción. Forma parte de la opresión que sufren y tiene un impacto incluso mayor en unos miembros del colectivo LGBTI que en otros⁵⁸⁹. Es lo que algunos autores han denominado la “discreción a la inversa” o “requisito de indiscreción”⁵⁹⁰, un criterio que penaliza a las personas LGBTI que ocultan su identidad en sus países de origen. Por tanto, y dado que ambos criterios plantean serios inconvenientes para la protección de los solicitantes de asilo LGBTI, consideramos que aceptar el uso de ambos de forma alternativa sería una solución apropiada. El ACNUR recomienda emplearlos de manera jerarquizada. En caso de que el

⁵⁸⁸ Término acuñado por la activista estadounidense Julia Serano que resulta particularmente útil para describir la situación única en la que se encuentran las mujeres transgénero, expuesta tanto a la discriminación por ser mujeres como por tener una identidad de género no normativa, *Vid.* SERANO, J., *Glossary*, disponible en <http://www.juliaserano.com/terminology.html>; SOJKA, C.K., “Transmisogyny”, en NADAL, K.L., *The SAGE Encyclopedia of Psychology and Gender*, 2017, disponible en <http://dx.doi.org/10.4135/9781483384269> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁵⁸⁹ Como es el caso de bisexuales e intersexuales, habitualmente menos visibles en una sociedad que gays, lesbianas y personas transgénero. *Vid.* LAVIOLETTE, N., “UNHCR Guidance note on refugee...”, cit. supra, p. 192.

⁵⁹⁰ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 36.

criterio de características protegidas no concluya que el solicitante forma parte de un grupo social determinado, deberá aplicarse el de percepción social⁵⁹¹.

Sin embargo, la práctica ha revelado una consecuencia inesperada de la recomendación del ACNUR: la exigencia del cumplimiento simultáneo de ambos criterios. Este “test acumulativo” ha sido consagrado en dos ordenamientos bastante relevantes para la protección de los refugiados. De un lado, la jurisprudencia estadounidense se ha apartado de la doctrina iniciada en *Acosta* y ha comenzado a exigir nuevos requisitos, entre los que destaca cumplir con el criterio de percepción social⁵⁹². De otro, la Directiva de reconocimiento consagra este criterio acumulativo en el Sistema Europeo Común de Asilo, al establecer en su artículo 10.1 que:

“d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:

- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y [en lugar de la conjunción “o”]

- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”⁵⁹³.

La exigencia de ambos requisitos supone una ruptura clara con las recomendaciones del ACNUR.

5.2.4. El reconocimiento de las personas LGBTI como grupo social determinado.

En sus *Directrices núm. 9*, el ACNUR insiste en la alternatividad de los criterios de características protegidas y de percepción social, en contraposición a su aplicación acumulativa⁵⁹⁴. No obstante, señala que la aplicación de cualquiera de ellos debería dar como resultado que las personas LGBTI son un grupo social determinado⁵⁹⁵. Sin

⁵⁹¹ “Si un solicitante alega que un grupo social está fundamentado en una característica determinada que no sea inmutable o fundamental, se deberá realizar un análisis más a fondo para determinar no obstante si el grupo se percibe como un grupo conocido en esa sociedad.”, ACNUR, *Directrices núm. 2*, §13.

⁵⁹² MAROUF, F., “The emerging importance of ‘social visibility’...” cit. supra; MALWITZ, C.C., “Particular social groups: vague definitions and an indeterminate future for asylum seekers”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 83-3, 2018, pp. 1149-1173.

⁵⁹³ La aplicación del criterio acumulativo en la Unión Europea se analiza en el Capítulo 4.

⁵⁹⁴ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §45.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, §46

embargo, no fue hasta la década de 1990 cuando realmente se extendió el reconocimiento de este colectivo como grupo social determinado.

Anteriormente, algunos países como Alemania -si bien con jurisprudencia contradictoria⁵⁹⁶- o, sobre todo, Países Bajos⁵⁹⁷ habían decidido de forma favorable a los refugiados LGBTI, pero fueron resoluciones de Estados Unidos y Canadá las que dieron un mayor impulso a nivel global. En concreto, las que concedieron el estatuto de refugiado a Fidel Toboso-Alfonso⁵⁹⁸, nacional cubano, y a Jorge Alberto Inaudi⁵⁹⁹, nacional argentino, respectivamente, en sendas decisiones administrativas que, si bien no generaron jurisprudencia⁶⁰⁰, tuvieron una gran influencia en decisiones posteriores. De un lado, la Fiscalía General estadounidense reconoció en 1994 la decisión sobre *Toboso-Alfonso* como precedente para todos los casos futuros sobre asilo por razones de orientación sexual⁶⁰¹. Del otro, y la sentencia sobre el caso *Ward*⁶⁰² -de gran relevancia por incorporar a la jurisprudencia canadiense la doctrina de *Acosta*⁶⁰³- introdujo en la jurisprudencia canadiense la orientación sexual como un grupo social protegido por la CG51.

A partir de estas resoluciones, otras jurisdicciones del *common law* como Nueva Zelanda⁶⁰⁴ o Australia⁶⁰⁵ adoptaron la misma postura, y a su vez influyeron decisivamente

⁵⁹⁶ ECRE, *ELENA Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Refugee Status*, 1997, p.9, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3decd1fa4.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁵⁹⁷ Países Bajos, Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (División Judicial del Consejo de Estado), no. A-2.1113, de 13 de agosto de 1981, citada en WAALDIJK, K.; LAWSON, R.; KOFFEMAN, N., *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, Leiden, 2010, p. 27.

⁵⁹⁸ Estados Unidos, Board of Immigration Appeals, *Matter of Toboso-Alfonso in exclusion proceedings A-23220644*, Interim Decision #3222, de 12 de marzo de 1990.

⁵⁹⁹ Canadá, Immigration and Refugee Board, *Jorge Alberto Inaudi*, T91-04459, de 9 de abril de 1992.

⁶⁰⁰ VAGELOS, E., "The social group that dare not speak its name: should homosexuals constitute a particular social group for purposes of obtaining refugee status? Comment on Re: Inaudi", *Fordham International Law Journal*, Vol. 17-1, 1993, pp. 229-276.

⁶⁰¹ Estados Unidos, *Attorney General Order No. 1895-94*, de 19 junio de 1994, citada en Estados Unidos, United States Court of Appeals Ninth Circuit, *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, 02-72651, de 7 de marzo de 2005.

⁶⁰² Canadá, Supreme Court, *Patrick Francis Ward v. Attorney General of Canada [1993]*, 2 S.C.R. 689, de 30 de junio de 1993.

⁶⁰³ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., *The law of refugee status*, cit. supra, p. 199.

⁶⁰⁴ Nueva Zelanda, Refugee Status Appeal Authority, *Re GJ*, 1312/93, de 30 de agosto de 1995.

⁶⁰⁵ Australia, *Applicant A*, cit. supra.

en la jurisprudencia de Reino Unido⁶⁰⁶, Estado que todavía mantenía en su ordenamiento penal disposiciones que criminalizaban la homosexualidad⁶⁰⁷. En el caso español, es posible encontrar varias sentencias de la Audiencia Nacional ya a finales de los años 90 en las que se reconoce de manera implícita que las personas LGBTI -en concreto, las homosexuales- pueden ser refugiadas de acuerdo con la Convención de 1951⁶⁰⁸. Posteriormente, el Sistema Europeo Común de Asilo consolidaría la posibilidad de que un colectivo concreto constituya un grupo social determinado por razón de su género, orientación sexual o identidad de género⁶⁰⁹.

5.3. Nexo de causalidad en las solicitudes de asilo presentadas por motivos de orientación sexual o identidad de género.

No basta con que la persona solicitante albergue temores fundados de sufrir persecución y que pertenezca a un grupo social determinado por razón de su diversidad sexual o de género, sino que tiene que existir un nexo causal entre ambas premisas⁶¹⁰. Es decir, la orientación sexual o la identidad de género de la víctima debe ser uno de los factores -no necesariamente el único- que motivan la actuación del agente perseguidor⁶¹¹. Según el ACNUR, la intención del agente de persecución no es relevante, sino que puede tener objetivos distintos a la persecución en sí misma -aunque la voluntad expresa de

⁶⁰⁶ Vid. Reino Unido, House of Lords (Judicial Committee), *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, de 25 de marzo de 1999. Hasta esta decisión de la Cámara de los Lores, la jurisprudencia de Reino Unido produjo varias sentencias contradictorias. Para la primera decisión favorable a consideración de los homosexuales como grupo social determinado en el ordenamiento británico, Vid. Reino Unido, Immigration Appeal Tribunal, Reino Unido, *Vraciu v SSDH*, IAT Appeal 11559, de 26 de octubre de 1994, citada en Reino Unido, *HJ & HT*, cit. supra, §28.

⁶⁰⁷ TATCHELL, P., “Don’t fall for the myth that it’s 50 years since we decriminalised homosexuality”, *The Guardian*, 23 de mayo de 2017, disponible en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/23/fifty-years-gay-liberation-uk-barely-four-1967-act> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁰⁸ España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 613/1997, de 29 de septiembre de 1998; España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 395/1997, de 6 de noviembre de 1998; España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 294/1997, de 18 de diciembre de 1998. Aunque todas ellas desestimaron los recursos presentados por los solicitantes de asilo, en ningún caso lo hicieron porque las personas homosexuales no puedan ser consideradas un grupo social determinado, sino porque no entendían que no existía riesgo de persecución.

⁶⁰⁹ Vid. Capítulo 4, 2.1.1.

⁶¹⁰ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 367.

⁶¹¹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §38.

vulnerar los derechos humanos del solicitante pueda ser un poderoso indicador de que se produce la persecución⁶¹²-.

En el caso de las personas LGBTI, es habitual que ciertas formas de persecución se inflijan con el tóxico fin de “curar” o “corregir” a la persona. Por ejemplo, en el asunto *Pitcherskaia*⁶¹³, el BIA estadounidense denegó el estatuto de refugiado a una mujer rusa lesbiana al entender que no existía un riesgo de persecución. Consideraba que las sesiones de “terapia” a las que había sido sometida para “tratar” su homosexualidad -definida como una forma de esquizofrenia por los médicos que la vieron- tenían como objetivo “curarla”, no castigarla por su orientación sexual, por lo que no constituían un acto de persecución. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito desechó este razonamiento argumentando que la “persecución con otro nombre sigue siendo persecución”⁶¹⁴, que “son las características de la víctima (...) no las del perseguidor las que son relevantes”⁶¹⁵ y que “las normas de Derechos Humanos no pueden dejarse a un lado simplemente porque acciones que torturan mental o físicamente se escondan en palabras más benévolas como ‘curar’ o ‘tratar’ a la víctima”⁶¹⁶.

En ocasiones, las personas LGBTI pueden haber sufrido persecución por otras razones además de por pertenecer a un determinado grupo social. En *Bringas-Rodríguez*⁶¹⁷ el BIA había denegado la solicitud de asilo del recurrente porque las agresiones sexuales y físicas sufridas por el solicitante a manos de su padre, tío, sus primos y su vecino se habrían producido para satisfacer sus “perversos deseos sexuales”, y no por su orientación sexual⁶¹⁸. Y ello a pesar de que consideraba creíbles sus alegaciones de que había sido castigado por su padre por “ser afeminado” y de que sus agresores siempre le llamaban “maricón”⁶¹⁹. El Tribunal de Apelaciones, sin descartar que podían existir otras motivaciones detrás del abuso, criticó esta conclusión del BIA,

⁶¹² *Ibid.*, §39.

⁶¹³ Estados Unidos, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, 95-70887, de 24 de junio de 1997.

⁶¹⁴ *Ibid.*, §6.

⁶¹⁵ *Ibid.*, §7.

⁶¹⁶ *Ibid.*, §9

⁶¹⁷ Estados Unidos, *Bringas-Rodríguez*, cit. supra.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

argumentando que los propios agresores habían dejado claro en repetidas ocasiones que la razón central por la que atacaban y vejaban al solicitante era que lo consideraban un “maricón”⁶²⁰.

Tampoco debe negarse automáticamente el nexo causal cuando víctima y agresor pertenecen al mismo grupo social. Por ejemplo, en el caso de la mutilación genital femenina las agresoras son en muchas ocasiones otras mujeres que a su vez fueron víctimas en el pasado⁶²¹. Del mismo modo, las organizaciones de “ex-gais”, formadas por personas lesbianas, gays o bisexuales que han sido sometidas a una terapia de reconversión, podrían ser también agentes de la persecución dado el caso.

Finalmente, no es relevante para establecer el nexo causal que la persona forme o no parte realmente del grupo social determinado, sino que basta con que los perseguidores le imputen su pertenencia a dicho grupo. De nuevo, la jurisprudencia estadounidense ofrece un buen ejemplo. En el caso *Amanfi v. Ashcroft*⁶²², un hombre heterosexual nacional de Ghana solicitaba ser protegido de la persecución que decía sufrir por parte de los miembros de una secta dentro de su tribu. Alegaba que varios hombres de ese culto le habían secuestrado junto a otro hombre para llevar a cabo un sacrificio humano. El solicitante, que decía conocer los ritos de ese culto por su abuelo, sabía que las personas homosexuales no son elegibles para el sacrificio, por lo que propuso a su compañero de cautiverio que fingieran serlo. Cuando fueron descubiertos, los miembros del culto les agredieron y los llevaron a comisaría, donde fueron torturados durante días.

Dejando a un lado la posible falta de credibilidad que pueda tener su relato de los hechos⁶²³, el BIA rechazó la solicitud porque consideraba que un hombre heterosexual no

⁶²⁰ “The record is replete with statements by Bringas’s abusers as to exactly why they targeted him. His father chastised him as a child for being effeminate and beat him because he was “different.” When Bringas was eight, his uncle told him the reason for the ongoing physical and sexual abuse was his sexuality. Bringas explained that his uncle, his cousins, and his neighbors “called [him] fag, fucking faggot, queer and laughed about it.” A full reading of the record leaves no doubt that Bringas was persecuted on account of his sexual orientation.” *Ibid.*

⁶²¹ Reino Unido, House of Lords, *Secretary of State for the Home Department (respondent) v. K (FC) (Appellant); Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (respondent)*, Session 2005-2006, de 18 de octubre de 2006, §110.

⁶²² Estados Unidos, United States Court of Appeals for the Third Circuit, *Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General*, 01-4477 & 02-1541, de 16 de mayo de 2003.

⁶²³ El Immigration and Naturalization Service rechazó la petición porque consideró sus declaraciones poco creíbles; sin embargo, ni el BIA ni el Tercer Circuito analizan las circunstancias fácticas de la solicitud, centrándose la discusión en cuestiones jurídicas.

podía sufrir persecución por razones de orientación sexual. Sin embargo, el Tercer Circuito no admitió este argumento, pues el propio BIA había aceptado en resoluciones anteriores la imputación de una raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas o pertenencia a un grupo social a una persona podría motivar la persecución en el sentido de la CG51.

La importancia de admitir este criterio reside en que la orientación sexual y la identidad de género no son “tan invisibles como se suele creer”, pues las personas con expresiones de género no normativas son percibidas habitualmente como LGBTI, con independencia de categoría o denominación con la que se identifiquen⁶²⁴. Muchas culturas asocian cualquier expresión de género no normativa a la homosexualidad, lo que aumenta el riesgo de estigmatización, discriminación y persecución para aquellas personas -LGBTI o no- que no actúan conforme a las reglas de género de una sociedad⁶²⁵.

6. LOS SOLICITANTES DE ASILO LGBTI EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La violencia y la discriminación sufridas por las personas LGBTI en todo el mundo alcanza en muchas ocasiones unos niveles tales que les empujan a huir de sus países para buscar refugio en otros Estados *a priori* más favorables a las identidades o expresiones de género y orientaciones o características sexuales no normativas. Sin embargo, la inadecuación del régimen de la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York a sus solicitudes. Además, el desconocimiento y el rechazo hacia las realidades de estas personas han servido para erigir grandes obstáculos en su acceso a la protección internacional.

A menudo, el análisis de su credibilidad constituye el centro de la solicitud de un refugiado LGBTI, convirtiéndose en un verdadero juicio sobre su orientación sexual, su identidad o expresión de género o sus características sexuales. Los estereotipos y prejuicios que pesan sobre este colectivo se entrecruzan con otros sobre la etnia, la clase, la edad, la procedencia o el género, imponiendo expectativas en los refugiados LGBTI que no siempre pueden cumplir.

⁶²⁴ YOSHINO, K., “Covering”, *Yale Law Journal*, Vol. 111-4, 2001-2002, p. 844.

⁶²⁵ LANDAU, J., “‘Soft inmutability’ and ‘imputed gay identity’: recent developments in transgender and sexual-orientation-based Asylum Law”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 32-2, 2004, p. 123.

En otras ocasiones, se asume que las personas LGBTI podrían evitar ser ellas mismas para escapar de la persecución sin salir de sus países de origen, una exigencia que nadie consideraría aceptable en otros grupos de refugiados. Bajo el nombre de “discreción” se oculta una concepción de la sexualidad y el género como pertenecientes en exclusiva al ámbito privado y, por tanto, susceptibles de ser escondidas. Sin embargo, verse forzado a ocultar una esfera tan esencial de la personalidad, además de ser una tarea ardua en extremo, puede tener consecuencias muy graves para las personas LGBTI. Este es el caso especialmente en los Estados en los que las orientaciones sexuales y las identidades o expresiones de género no normativas son calificadas como delito, donde con frecuencia conviven situaciones de persecución por parte del Estado con la ausencia de protección frente a la perpetrada por agentes no estatales como la familia, la comunidad o grupos criminales.

Como se estudiará en un capítulo posterior, estas ideas equivocadas que minan el acceso a la protección internacional de las personas LGBTI solicitantes de asilo a nivel global también se ven hasta cierto punto reflejadas en la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Algunos de ellos incluso han sido analizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, la crisis del SECA ha puesto de manifiesto el enfoque esencialmente securitario de la migración y el asilo en la Unión y sus Estados Miembros. Una visión cuya miopía afecta a la protección de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

CAPÍTULO 3: IMPACTO DE LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS SOLICITANTES DE ASILO

En los anteriores capítulos, hemos tenido ocasión de exponer tanto la evolución como la situación actual de las personas LGBTI en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como los principales problemas a los que se enfrentan cuando tratan de acceder a la protección internacional al escapar de la persecución en sus países de origen. Sin embargo, las personas LGBTI que huyen de la persecución no constituyen un colectivo totalmente distinto y separado de refugiados, sino que forman parte del grupo mayor de solicitantes de asilo. Por tanto, cualquier estudio de los derechos de las personas LGBTI en el Sistema Europeo Común de Asilo debe pasar por un análisis de la situación de los solicitantes de asilo en general.

Unas políticas comunes de asilo, migración y control de fronteras excesivamente securitizadas y que no prestan la suficiente atención a los derechos humanos afectan a todos los grupos de solicitantes de asilo. En el caso de las personas LGBTI, su posición en los márgenes del debate político se manifiesta en la escasez de menciones a este colectivo en los últimos desarrollos de dichas políticas, al tiempo que se restringen sus derechos como solicitantes de asilo. Por tanto, resulta imprescindible estudiar con carácter previo cuáles han sido dichos desarrollos. Con este fin, en el presente capítulo analizaremos los principales avances normativos y políticos que se han producido en los derechos de los solicitantes de asilo en la Unión Europea a partir de la Agenda Europea de Migración, la respuesta que la Comisión Europea presidida por el luxemburgués Jean-Claude Juncker dio a la mal llamada “crisis de refugiados”⁶²⁶.

⁶²⁶ Pues, como expresa muy elocuentemente la profesora Ferrero-Turrión, los “refugiados siempre están en crisis”, tratándose más bien de una “crisis integral de la Unión Europea”, FERRERO-TURRIÓN, R., “Europa sin rumbo. El fracaso de la UE en la gestión de la crisis de refugiados”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, Vol. 21, p. 160; *Vid. et.* FERRERO-TURRIÓN, R.; PINYOL-JIMÉNEZ, G., “La mal llamada ‘crisis de refugiados’ en Europa: crisis, impactos y retos para la política de inmigración y asilo de la Unión Europea”, *Documentación Social – Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, Vol. 180, 2016, pp. 49-70.

1. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN

La muerte de entre 700 y 900 personas el 19 de abril de 2015 en uno de los mayores naufragios de la historia reciente del Mediterráneo supuso un importante punto de inflexión en la Unión Europea. En fecha tan temprana como el 23 de abril de 2015, el Consejo Europeo se reunió de forma extraordinaria con el objetivo declarado de “evitar que mueran más personas en el mar”⁶²⁷ como prioridad inmediata. No obstante, los compromisos alcanzados en dicha reunión no se separan del enfoque ampliamente centrado en la seguridad. Se incluyen entre los mismos el refuerzo económico de las operaciones *Tritón* y *Poseidón*⁶²⁸ -pero no una reforma de la Agencia Frontex dirigida a dotarla de un mandato que contenga labores de salvamento y rescate-, así como medidas encaminadas a la lucha contra el tráfico de personas y la prevención de la inmigración irregular -sin proponer nuevas vías regulares de entrada en Europa-. Más interesante es el compromiso de aplicar el Sistema Europeo Común de Asilo, la iniciativa de reforzar la solidaridad con los Estados Miembros de primera línea mediante el aumento a la ayuda de emergencia, y el propósito de estudiar opciones de reubicación y reasentamiento.

Poco después, el 29 de abril de 2015, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución⁶²⁹ como respuesta a los “trágicos acontecimientos ocurridos recientemente en el Mediterráneo y a las Conclusiones del Consejo Europeo de 23 de abril de 2015”. La resolución no se limita a celebrar el compromiso del Consejo Europeo de reforzar en los recursos de las operaciones Frontex, sino que pide un acuerdo para extender su zona de operaciones y su mandato de salvamento y búsqueda, hasta el punto de solicitar la creación de una operación similar a la extinta *Mare Nostrum* a escala europea. Además, invita al Consejo de la Unión Europea a que considere la aplicación de algún mecanismo de emergencia específico, bien la Directiva de protección temporal en caso de afluencia masiva, bien el procedimiento del artículo 78.3 TFUE. Incluso, solicita a la Comisión que

⁶²⁷ Declaración de la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo de 23 de abril de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶²⁸ Estas operaciones de Frontex dedicadas al control de fronteras han sido criticadas por ONGs como CEAR por no estar diseñadas para el rescate y salvamento marítimo de personas. *Vid.* CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: informe 2015*, 2015, p. 43 disponible en <http://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/informe-anual-de-cear/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶²⁹ PE, Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE, 2015/2660(RSP).

fije una cuota obligatoria para la distribución de solicitantes de asilo entre todos los Estados Miembros. Al igual que el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo insta en la mencionada Resolución a los Estados Miembros y a terceros países a intensificar la lucha contra el tráfico de personas, si bien hace hincapié en que el camino para reducir el flujo de refugiados pasa por abordar las “causas profundas de la violencia y el subdesarrollo en los países de origen”⁶³⁰.

Ambos textos coinciden además en pedir a la Comisión Europea la elaboración de un programa europeo amplio sobre migración. Dichas peticiones cristalizaron el 13 de mayo de 2015 en la Agenda Europea de Migración⁶³¹. La Agenda incluye tanto medidas de acción inmediata como propuestas de reforma a largo plazo de las políticas comunes de control de fronteras, asilo y migración. En lo que respecta a las primeras, se marcan expresamente varios objetivos entendidos como prioritarios y, por tanto, merecedores de una respuesta rápida: salvar vidas en el mar, frenar el tráfico de personas, redistribuir entre los miembros de la UE a las personas llegadas de manera masiva, reasentar a los refugiados acogidos en terceros países, abordar las causas de la migración colaborando con terceros países y ayudar a los Estados Miembros en primera línea mediante los distintos instrumentos de los que dispone la Unión.

En cuanto a las medidas a largo plazo, la Agenda se configura como la hoja de ruta en torno a la cual se articularán en los años posteriores las políticas comunes de control de fronteras, asilo y migración, que requerirán de una mayor cooperación europea para ser eficaces y sostenibles en el largo plazo. Con este fin, la Agenda se estructura en cuatro objetivos. A partir de cada uno de estos “pilares”, como los denomina la Agenda, la Comisión elabora diversas propuestas. A lo largo de las próximas páginas serán desgarnadas tanto las medidas urgentes como las avanzadas como prioritarias en los cuatro pilares, realizando un seguimiento de su desarrollo en los años posteriores a la Agenda Europea de Migración.

2. PRIMER PILAR: “REDUCIR LOS INCENTIVOS PARA LA MIGRACIÓN IRREGULAR”

⁶³⁰ *Ibid.*, §16.

⁶³¹ CE, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea De Migración, COM(2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

El artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enumera los objetivos que debe perseguir la política común de inmigración, a saber: 1) gestionar eficazmente los flujos migratorios, 2) conceder un trato equitativo a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en los Estados Miembros, y 3) prevenir y luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. La redacción del precepto deja fuera la protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes y el respeto al principio de no devolución, y si bien la política común de inmigración se encuentra separada de la política común de asilo -no en vano están previstas en disposiciones diferentes del TFUE-, lo cierto es que la Unión Europea ha mantenido una estrecha relación entre ambas. Ya el Programa de Tampere tenía como objetivo crear una “política de asilo y migración común”, al tratarse de cuestiones diferentes pero estrechamente relacionadas⁶³². A pesar de que los sucesivos instrumentos políticos y normativos de la Unión han separado ambas políticas, lo cierto es que tal confusión ha calado en los Estados Miembros, hasta el punto en que sus políticas migratorias han acabado limitando la política de asilo, adoptándose medidas encaminadas a frenar las solicitudes de asilo bajo la justificación de que el “abuso” de la protección internacional supone un problema para la lucha contra la inmigración irregular⁶³³.

Es esta concepción de “lucha” frente al fenómeno migratorio la que subyace a todas las políticas migratorias y de asilo puestas en práctica por la Unión y los Estados Miembros en los últimos años, especialmente a partir de los atentados de Nueva York, Madrid, Londres, París o Bruselas, entre otros, así como desde la Gran Recesión de 2008. Se juzga al inmigrante irregular como peligroso para la seguridad no por su comportamiento individual, sino por su pertenencia a un colectivo determinado, creándose espacios de exclusión de sus derechos fundamentales⁶³⁴.

La Agenda Europea de Migración supone un avance respecto a programas anteriores en tanto que parece plantear una estrategia encaminada a solucionar la cuestión

⁶³² Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, §10, disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶³³ EL-ENANY, N., “The New Europe and the European refugee — the subversion of the EU’s Refugee Law by its migration policy”, en JUSS, S., *Law and migration: Ashgate research companion to migration law, theory and policy*, Ashgate, Abingdon, 2013, pp. 3-76.

⁶³⁴ POMARES, E., “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía*, Núm. 7, 2014, pp. 143-174.

migratoria y de asilo a largo plazo. Así, la primera línea de actuación marcada por la Comisión apunta a “abordar las causas profundas del desplazamiento irregular y forzado en terceros países”. La cooperación con terceros Estados, especialmente con aquellos de origen y tránsito -y, sobre todo, con Turquía-, es considerada clave, por lo que se contempla el refuerzo de los Programas Regionales de Desarrollo y Protección, así como de la ayuda a la cooperación exterior de la UE.

Sin embargo, dicha cooperación parece tener como objetivo prioritario ser un instrumento para frenar a quienes intentan llegar a la UE, como ha denunciado, entre otras organizaciones, Human Rights Watch⁶³⁵. En particular, el centro piloto polivalente creado en Níger, cuyo propósito es “dar a los migrantes una idea realista de las probabilidades de éxito de su viaje y ofrecer a los que se encuentren en situación irregular soluciones de asistencia al retorno voluntario” de acuerdo con la Agenda. En este sentido, la colaboración con el ACNUR y la OIM, así como la posibilidad de ofrecer oportunidades de reasentamiento a través de dicho centro, podrían ser útiles en teoría, siempre que toda su actividad se halle efectivamente sometida al respeto a la ley, los Derechos Humanos y el principio de *non-refoulement*⁶³⁶. Sin embargo, el reasentamiento a los Estados Miembros únicamente de refugiados reconocidos como tales por el ACNUR supone aplicar unos estándares de protección menores que los actualmente vigentes en Europa, pues excluiría a potenciales beneficiarios de un estatuto protección subsidiaria u otros regímenes de protección⁶³⁷.

Por otro lado, la Comisión falla en su diagnóstico al considerar como incentivos a la inmigración irregular el tráfico de personas y la falta de un sistema de retorno lo suficientemente eficaz. En lo que respecta a este último, la Agenda apuesta por reforzar la transposición y aplicación por los Estados Miembros de la Directiva de retorno, extender el mandato de Frontex en esta materia y fomentar la cooperación con los Estados con los que se firmen acuerdos de readmisión para facilitar su compromiso. Se plantea,

⁶³⁵ HRW, *The Mediterranean Migration Crisis: Why People Flee, What the EU Should Do*, 2015, disponible en <https://www.hrw.org/report/2015/06/19/mediterranean-migration-crisis/why-people-flee-what-eu-should-do> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶³⁶ DEN HEIJER, M., *Europe and Extraterritorial Asylum*, Hart, Oxford/Portland, 2012, p. 282.

⁶³⁷ FREI, N.; HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement or fighting ‘illegal migration’?”, *EU Immigration and Asylum Law Policy*, 23 de marzo de 2018, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/circumventing-non-refoulement-or-fighting-illegal-migration/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

pues, profundizar en mecanismos cuya eficacia para resolver la cuestión de la migración irregular a largo plazo es cuestionable, ya que la falta de un sistema de retorno armonizado eficaz no es por sí sola un incentivo para la inmigración irregular sino que ésta es producto de una combinación entre fuertes factores *push* -conflictos, opresión, persecución, pobreza extrema, corrupción generalizada- en los Estados de origen, y *pull* -seguridad, libertad, Estado de bienestar- en los de destino⁶³⁸.

Finalmente, partiendo de la discutible premisa de que el tráfico de personas es causa y no consecuencia de la inmigración irregular, la Comisión propone no sólo intensificar la cooperación con terceros países en la lucha contra las bandas organizadas dedicadas a esta actividad, sino desarrollar una operación militar en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Tal operación, nombrada inicialmente como EUNAVFOR MED y rebautizada posteriormente como la Operación *Sophia*, se basa en las Decisiones 778/2015 y 972/2015 del Consejo⁶³⁹, y ha recibido autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a través de su Resolución 2240. Sin embargo, la Resolución 2240 tan sólo permite a los buques participantes en la Operación *Sophia* actuar en alta mar. La imposibilidad de acceder legalmente a aguas territoriales libias ha acabado por significar su fracaso⁶⁴⁰. A nuestro juicio, cualquier iniciativa que considere las redes de tráfico de migrantes como una causa y no un efecto de los flujos migratorios irregulares, no tiene visos de prosperar.

2.1. Cooperación con Turquía: el Acuerdo UE-Turquía de 2016.

⁶³⁸ CHOLEWINSKI, R., “The EU Acquis on Irregular Migration Ten Years On: Still Reinforcing Security at the Expense of Rights?” en GUILD, E., and MINDERHOUD, P., (eds.) *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 24 : First Decade of EU Migration and Asylum Law.*, Brill, Leiden, 2011, pp. 121-178.

⁶³⁹ Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED), DOUE L 122, de 19 de mayo de 2015, p. 31-35. ; Decisión (PESC) 2015/972 del Consejo, de 22 de junio de 2015, por la que se pone en marcha la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED), DOUE L 157, de 23 de junio de 2015, p. 51.

⁶⁴⁰ BEVILACQUA, G., “Exploring the ambiguity of Operation Sophia between military and search and rescue activities”, en ANDREONE, G., *The future of the Law of the Sea*, 2017, pp. 165-189; COCCHINI, A., “Tráfico ilícito de migrantes y Operación Sophia: ¿podría aplicarse de nuevo la responsabilidad de proteger en Libia?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 35, 2018.

Como se ha adelantado, la cooperación con Turquía resulta esencial para la Agenda. Así lo ha reconocido también el Consejo Europeo, que en su reunión de 25 y 26 de junio⁶⁴¹ concluía que “es de capital importancia que reforcemos nuestra cooperación global con los países de origen y de tránsito”, (Conclusión 6), destacando a Turquía como Estado con el que intensificar particularmente dicha cooperación (Conclusión 8) y ello “tanto en lo que se refiere a la contención de la afluencia de inmigrantes irregulares como a las causas profundas de la migración, a fin de reducir los incentivos que favorecen la migración ilegal y combatir las redes de tráfico de inmigrantes” (Conclusión 6). También se dedicó una especial atención a las relaciones con este Estado en la reunión informal mantenida por los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE el 23 de septiembre de 2015⁶⁴².

2.1.1. El Plan de Acción Conjunto UE-Turquía y las Declaraciones de 2015.

Este renovado interés por unas relaciones estrechas con Turquía fue escenificado el 5 de octubre de 2015 en sendas reuniones entre el Presidente del Consejo Europeo Donald Tusk, el Presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker y el Presidente del Parlamento Europeo Martin Schulz con el Primer Ministro Turco, Recep Tayyip Erdogan, cuajando el 15 de octubre en el Plan de Acción Conjunto UE-Turquía⁶⁴³. Dicho acuerdo marca tres líneas de actuación: 1) abordar de raíz la causa de la llegada masiva de refugiados; 2) apoyar a los refugiados sirios en Turquía y las comunidades que los acogen y 3) aumentar la cooperación para prevenir los flujos irregulares hacia la UE.

El Plan de Acción Conjunto consiste esencialmente en el compromiso por parte de Turquía de aumentar sus esfuerzos para frenar el flujo de refugiados hacia Europa, cooperando con los Estados Miembros limítrofes -Grecia y Bulgaria-, así como con la agencia Frontex mediante una oficina en Turquía, a fin de frustrar los intentos de entrar irregularmente en la UE y mantenerlos así en su territorio. A cambio, la Unión Europea se compromete a movilizar fondos para apoyar financieramente a los refugiados sirios en

⁶⁴¹ Conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015, disponibles en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/06/26-euco-conclusions/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

⁶⁴² Informal meeting of EU heads of state or government on migration, 23 September 2015 - statement, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁴³ Comunicado de prensa de la Comisión Europea sobre el Plan disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_en.htm (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

este país, además de a aquéllos que acogen Líbano, Jordania e Irak, para evitar su llegada a Turquía; igualmente, se compromete a impulsar las negociaciones para la adhesión de Turquía a la Unión Europea.

Así se refleja en la Declaración conjunta formulada por la UE y Turquía tras la reunión de 29 de noviembre de 2015 entre los Jefes de Estado y de Gobierno con este Estado⁶⁴⁴. Sin embargo, el acuerdo no incluye ninguna mención a la situación de los Derechos Humanos o del principio de *non refoulement* por parte de Turquía, ni medidas concretas para promover la integración de los refugiados. Esta falta de un plan de integración eficaz choca con la realidad de que apenas una mínima parte de los refugiados sirios en Turquía se encuentran en campos de refugiados, habiéndose repartido la mayoría por todo el país⁶⁴⁵. En marzo de 2016 el Consejo Europeo se reunió con el gobierno turco para profundizar en medidas complementarias al Plan de Acción Conjunta. La declaración efectuada tras la cumbre celebrada el 7 de marzo⁶⁴⁶ adelantó otra hecha pública el 18 de ese mismo mes⁶⁴⁷.

2.1.2. *El acuerdo UE-Turquía: ¿Declaración política o tratado?*

Existe en la doctrina un intenso debate sobre la naturaleza jurídica de dicha declaración. A nuestro juicio, es un tratado internacional y, por tanto, legalmente vinculante para ambas partes. Se ha argumentado que consiste únicamente en una “declaración”⁶⁴⁸. Sin embargo, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un tratado es tratado “cualesquiera que sea su denominación particular” (art. 2). Además, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha subrayado en

⁶⁴⁴ Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE con Turquía, Declaración UE-Turquía, de 29 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁴⁵ ÜLGEN, S., *Turkey can't be Europe's gatekeeper*, New York Times de 1 de octubre de 2015, disponible en http://www.nytimes.com/2015/10/02/opinion/turkey-cant-be-europes-gatekeeper.html?_r=0 (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁴⁶ Declaración de los jefes de Estado o de Gobierno de la UE de 8 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁴⁷ Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁴⁸ PEERS, S., “The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?”, *EU Law Analysis*, 16 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

varias ocasiones que la forma no es determinante para dilucidar si un instrumento tiene la consideración de tratado, sino que es preciso atender a la naturaleza concreta del acto y su contenido⁶⁴⁹ (*Caso relativo a la Plataforma continental del Mar Egeo*⁶⁵⁰). De modo que ni la forma ni la denominación “declaración” excluyen *per se* que el Acuerdo UE-Turquía sea un tratado internacional. Al contrario, el lenguaje utilizado por las partes - “acordaron”, “han acordado”- combinado con el uso del tiempo verbal futuro -“serán retornados”, “serán debidamente registrados”, “se pondrá en marcha”, etc.- apunta a una voluntad de éstas de generar obligaciones. Como se pregunta SPIJKERBOER, si dos partes acuerdan algo, ¿qué sería el resultado sino un “acuerdo”?⁶⁵¹.

De entenderse que la Declaración de 18 de marzo es un tratado, tendría que haber sido aprobado siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 218 TFUE. Aunque no se siguió dicho procedimiento, tal circunstancia no invalida la Declaración a ojos del Derecho Internacional de los tratados, pues el artículo 46 de la Convención de Viena únicamente prevé esta consecuencia cuando la violación del derecho interno sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain*⁶⁵² resulta particularmente ilustrativo. En él, la Corte considera que la inobservancia del procedimiento para concluir tratados previsto en la Constitución no equivale a una violación manifiesta del derecho interno, lo que podría aplicarse al caso del acuerdo UE-Turquía⁶⁵³.

También podría argumentarse que el artículo 218 TFUE es una norma de importancia fundamental en el sentido de la Convención de Viena, pues de acuerdo con la Corte “las normas relativas a la facultad para firmar tratados en nombre de un Estado

⁶⁴⁹ DEN HEIJER, M. ; SPIJKERBOER, T., “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?”, *EU Law Analysis*, 7 de abril de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁵⁰ CIJ, *Caso relativo a la plataforma continental del Mar Egeo, (Grecia contra Turquía)*, Fallo, ICJ Reports 1978, p. 3, §96.

⁶⁵¹ SPIJKERBOER, T., “Minimalist reflections on Europe, refugees and law”, *European Papers*, Vol. 1-2, 2016, p. 552.

⁶⁵² CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)*, Fallo sobre el fondo, ICJ Reports 2001, p.40, §29.

⁶⁵³ DEN HEIJER, M., SPIJKERBOER, T., “The draft...”, cit. supra.

son normas constitucionales de importancia fundamental”⁶⁵⁴. Asimismo, dada la condición que ostenta Turquía de candidata a la adhesión a la UE desde hace años, difícilmente podría argüirse que desconocía las normas que rigen la celebración de tratados por la UE⁶⁵⁵. Son circunstancias que debería valorar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bien mediante el conocimiento de una acción de nulidad, bien a través de una cuestión prejudicial. Han sido presentadas varias demandas ante el TJUE buscando anular el acuerdo UE-Turquía por parte de individuos que afirman verse afectados directamente por su contenido⁶⁵⁶. Sin embargo, el Tribunal General ha decidido sobreseer dichos asuntos argumentando no tener competencia para juzgar el Acuerdo UE-Turquía⁶⁵⁷. Considera que no se trata de un acto de las instituciones de la Unión, sino de un acuerdo internacional suscrito entre Turquía y los Estados Miembros de la UE. Sin entrar a valorar la naturaleza -jurídica o política- del acuerdo, el Tribunal asume como propios los argumentos del Consejo Europeo, llegando a admitir que las expresiones “UE” y “miembros del Consejo Europeo” no se refieren, en fin, a la UE o los miembros del Consejo Europeo, sino a los Estados Miembros de la UE⁶⁵⁸. Y ello a pesar de que tanto el Presidente de la Comisión como el del Consejo Europeo se hallaban presentes en las reuniones previas al acuerdo, y de que éste último fuera quien efectivamente coordinara las negociaciones con Turquía⁶⁵⁹. A nuestro juicio, estos indicios apuntan

⁶⁵⁴ CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Guinea Ecuatorial interviene)*, Fallo sobre el fondo, ICJ Reports 2002, p. 303, §265.

⁶⁵⁵ CORTEN, O., “Accord politique ou juridique: quelle est la nature du ‘machin’ conclu entre l’UE et la Turquie en matière d’asile?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁵⁶ DE CAPITANI, E., “Is the European Council responsible for the so-called ‘EU-Turkey Agreement’? The issue is on the Court of Justice table”, *European Area of Freedom Security*, disponible en <https://free-group.eu/2016/06/07/is-the-european-council-responsible-for-the-so-called-eu-turkey-agreement-the-issue-is-on-the-court-of-justice-table/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁵⁷ Auto de 28 de febrero de 2017, *NF/Consejo Europeo*, T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128; Auto de 28 de febrero de 2017, *NG/Consejo Europeo*, T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129; Auto de 28 de febrero de 2017, *NM/Consejo Europeo*, T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130.

⁶⁵⁸ “En estas circunstancias, el Tribunal considera que la expresión «miembros del Consejo Europeo» y el término «UE», que figura en la Declaración UE-Turquía, tal y como fue difundida mediante el comunicado de prensa núm. 144/16, deben entenderse como una referencia los jefes de Estado o de Gobierno de la Unión”, *NF/Consejo Europeo*, §68.

⁶⁵⁹ “En efecto, el Consejo Europeo indica, remitiéndose a varios documentos aportados por su presidente, que, en la práctica, los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión confiaron a éste la tarea de representación y coordinación de las negociaciones con la República de Turquía en su nombre”, *NF/Consejo Europeo*, §67.

exactamente en sentido contrario a la postura del Tribunal: las negociaciones con Turquía fueron realizadas por el Consejo Europeo y el acuerdo constituye un acto adoptado por una institución de la UE y, por tanto, es susceptible de ser impugnado ante el TJUE.

2.1.3. Contenido del acuerdo UE-Turquía.

La principal obligación incluida en la Declaración consiste en retornar a Turquía a “todos los nuevos migrantes irregulares” que hubieran partido desde dicho Estado hacia las islas griegas. El retorno sería efectuado por Grecia sobre la base del Acuerdo de Readmisión⁶⁶⁰ suscrito entre la Unión Europea y Turquía, que entró en vigor el 1 de junio de 2016, y que sustituye a un acuerdo bilateral previo entre Grecia y Turquía. La intención de retornar a “todos” supondría *a priori* una clara violación del artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al mismo (v.g. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*⁶⁶¹). No obstante, el acuerdo establece que dicho retorno debe llevarse a efecto “en plena conformidad con el Derecho internacional y de la UE, descartándose así todo tipo de expulsión colectiva”. Por tanto, podría tratarse de una redacción jurídica muy deficiente más que de una intención real de dar una apariencia de legalidad a una actuación verdaderamente contraria a la prohibición de expulsiones colectivas⁶⁶², ya que el cumplimiento de la normativa internacional impediría la mayoría de los retornos⁶⁶³.

En una Comunicación⁶⁶⁴ de 16 de marzo la Comisión se refiere a este precepto. Tras afirmar que el retorno de todos los migrantes irregulares debe realizarse respetando el Derecho europeo e internacional, concluye que “no se trata, por tanto, de aplicar una

⁶⁶⁰ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales, *DOUE* L 134, DE 7 de mayo de 2014, p. 3.

⁶⁶¹ *Hirsi Jamaa and others v. Italy* [GC], Núm. 27765/09, ECHR 2012.

⁶⁶² PEERS, S., “The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment”, *EU Law Analysis*, 18 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁶³ COLLET, E., “The Paradox of the EU-Turkey Refugee Deal”, *Migration Policy Institute*, marzo de 2016, disponible en <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁶⁴ CE, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo: nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración, COM(2016) 166 final, de 16 de marzo de 2016.

política de retorno «indiscriminada»” (sic), señalando la Directiva de procedimiento⁶⁶⁵ como la norma que debe regirlo. Sin embargo, la Comisión recuerda que en dicha Directiva se establece la posibilidad de tramitar una solicitud de asilo a través de un procedimiento acelerado que permita no entrar al fondo del asunto sobre la base de que el solicitante o bien ya goza de protección suficiente en un tercer Estado (“primer país de asilo”), o bien procede de un tercer Estado que pudiera garantizar tal protección (“tercer país seguro”⁶⁶⁶). La Comisión no duda en considerar a Turquía como “tercer país seguro”, y éste es, a nuestro juicio, el principal obstáculo legal para la aplicación del acuerdo.

La Directiva de procedimiento se refiere con el término “tercer país seguro” a aquellos terceros Estados designados como tales por los Estados Miembros y en los cuales una persona solicitante de protección internacional es tratada conforme a los principios contenidos en el artículo 38 de la misma Directiva: la ausencia de riesgo de persecución, en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951, o de sufrir daños graves, como son definidos en la Directiva 2011/95/UE⁶⁶⁷; el respeto al principio de no devolución; la prohibición de expulsión en caso de riesgo de ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y de recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.

En lo que respecta a este último requisito, la Comisión entiende que Turquía debe garantizar “una protección equivalente a la que brinda la Convención de Ginebra”. Ahora bien, se trata en nuestra opinión de una idea errónea e interesada. La interpretación literal del precepto implica descartar a Turquía como “tercer país seguro”; puesto que al firmar la Convención de Ginebra Turquía declaró que únicamente la aplicaría a solicitantes procedentes de Europa, manteniendo dicha declaración al ratificar el Protocolo de Nueva York de 1967, por lo que carecería de eficacia en la situación actual. Turquía ni siquiera tenía previsto un estatuto legal protector para los refugiados sirios hasta la entrada en vigor en 2014 de la Ley de Extranjería y Protección Internacional (LFIP en sus siglas en

⁶⁶⁵ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, *DOUE* L 180 de 29 de junio de 2013, pp. 60-95.

⁶⁶⁶ Término que no debe confundirse con el concepto de “país de origen seguro”, cuyas implicaciones para las personas LGBTI solicitantes de asilo serán analizadas en el capítulo siguiente, *Vid.* Capítulo 4, 2.2.2.

⁶⁶⁷ Ser condenado a muerte, sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes o que exista una amenaza grave e individual contra su vida debido a una situación de conflicto armado (artículo 15 Directiva de procedimiento).

inglés)⁶⁶⁸, cuyo artículo 91 abría la puerta a un sistema de protección temporal similar al previsto en la Directiva de 2001 pero sin el nivel de detalle y derechos contenidos en ésta⁶⁶⁹. Hasta entonces, los sirios estaban amparados por un sistema de protección temporal *de facto*⁶⁷⁰.

A partir de la LFIP, para los solicitantes de protección internacional no europeos - la práctica totalidad-, existen dos regímenes diferenciados. En primer lugar, los llamados “refugiados condicionales”⁶⁷¹, cuya definición es prácticamente idéntica a la prevista en el Convenio de Ginebra para los refugiados con una matización: únicamente se les permite residir en Turquía hasta su reasentamiento en un tercer Estado. En segundo lugar, el sistema de protección temporal del artículo 91, que extendió la protección que ya se producía *de facto*. Sin embargo, ninguno de estos estatutos supone una solución a largo plazo -al no tener vocación de permanencia- ni incluye un reconocimiento de los derechos al trabajo, sanidad o educación, los cuales quedan sujetos a la discrecionalidad del Gobierno⁶⁷².

También es muy cuestionable que Turquía cumpla con la exigencia de que en un “tercer país seguro” el solicitante no corre el riesgo de sufrir persecución o daños graves. No parece serlo para los kurdos procedentes de Siria o Irak, pero tampoco para cualquier otra persona que intente acceder a su territorio de forma irregular⁶⁷³. De manera especialmente relevante para este trabajo, el clima general de hostilidad hacia las personas

⁶⁶⁸ Disponible en inglés en

https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/04/LoFIP_ENG_DGMM_revised-2017.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁶⁹ ÇORABATIR, M., “The evolving approach to refugee protection in Turkey: assessing the practical and political needs”, *Migration Policy Institute*, 2016, disponible en <http://www.migrationpolicy.org/research/evolving-approach-refugee-protection-turkey-assessing-practical-and-political-needs> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁷⁰ AIDA, *2011-2014: Temporary protection based on political discretion and improvisation — Turkey*, disponible en <http://www.asylumineurope.org/reports/country/turkey/2011-2014-temporary-protection-based-political-discretion-and-improvisation> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁷¹ Art. 62 LFIP turca.

⁶⁷² ÇORABATIR, M., *The evolving...* cit. supra, p. 8.

⁶⁷³ “Turks shoot to kill as refugees cross border”, *The Times* de 31 de marzo, disponible en <https://www.thetimes.co.uk/article/turks-shoot-to-kill-as-refugees-cross-border-xtv0g83zz> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

LGBTI existente en Turquía⁶⁷⁴ lo convierte en un Estado particularmente inseguro para los refugiados de este colectivo⁶⁷⁵.

Por tanto, entendemos que no puede afirmarse rotundamente que el acuerdo respete el Derecho de la Unión Europea, el Derecho Internacional o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al no reunir Turquía los requisitos para ser considerado “tercer país seguro” de acuerdo con la Directiva de procedimiento, no deberían tramitarse las solicitudes de asilo de personas que hubieran accedido a la Unión desde este Estado a través de un procedimiento acelerado.

La Declaración de 18 de marzo incluye otro punto novedoso: “por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE”. Dicho reasentamiento se llevaría a cabo con cargo a los cupos voluntarios acordados en el Consejo Europeo de 20 de julio de 2015, tema éste que se abordará posteriormente. No obstante, adelantamos que tal cifra asciende a 22.504 plazas de reasentamiento, de las cuales quedaban por cubrir alrededor de 18.000 al momento de la Declaración. A nuestro juicio es muy criticable que el acuerdo UE-Turquía limite el reasentamiento a personas de nacionalidad siria, especialmente teniendo en cuenta que el compromiso previo se extendía a refugiados procedentes de otras partes del mundo.

El acuerdo contiene además un cupo adicional de 54.000 plazas deducibles de las cuotas de reubicación obligatorias que los Estados Miembros se comprometieron a cumplir en 2015, “en consonancia con la actual política de la Comisión de considerar que el reasentamiento y la admisión humanitaria son equivalentes a la reubicación”, según la Comunicación de 16 de marzo. No obstante, el reasentamiento y la reubicación no deben

⁶⁷⁴ La situación se ha recrudecido en los últimos años, en los que la restricción de los derechos humanos (particularmente la libertad de expresión) de este colectivo por parte de las autoridades turcas le ha merecido el reproche de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europea (*Vid. PACE, Turkey must restore the right to freedom of expression and assembly to LGBTI persons*, Written declaration Núm. 650, Doc. 14488, de 9 de mayo de 2018) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*V. gr. Kaos GL v. Turkey*, Núm. 4982/07, 22 de noviembre de 2016).

⁶⁷⁵ CRAGNOLINI, G., “Lesbian, gay, bisexual and transgender refugees – challenges in refugee status determination and living conditions in Turkey”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/Nueva York, 2013, pp. 98-120; ORAM & HCA, *Unsafe haven: the security challenges facing lesbian, gay, bisexual and transgender asylum seekers and refugees in turkey*, 2011, disponible en <http://oramrefugee.org/es/publications/unsafe-haven/> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); GREATRICK, A., “Queer (im)mobilities and ‘refugee crisis’: examining stakeholder responses to sexual minority refugees in Turkey”, *ULC Migration Research Unit Working Papers*, Núm. 2017/1, 2017; RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra.

ser tratados como equivalentes, pues el mecanismo de reubicación de emergencia se fundamenta en el artículo 78.3 TFUE, lo que lo convierte en obligatorio para los Estados Miembros, al contrario que el sistema voluntario de reasentamiento.

Finalmente, entendemos que el acuerdo no sólo es criticable por existir importantes obstáculos legales para su validez, sino que supone otro ejemplo más de la visión cortoplacista⁶⁷⁶ y profundamente contraria al asilo y la inmigración dominante en la Unión Europea. De ahí que no sorprenda la reacción de numerosas Organizaciones No Gubernamentales y del ACNUR al suspender parte o todas sus actividades de apoyo humanitario de los campos de refugiados en Grecia⁶⁷⁷ en señal de rechazo. Por otro lado, el refuerzo de la frontera grecoturca podría ser la causa del aumento del flujo en otras rutas migratorias a Europa, como la del Mediterráneo central -desde Libia o Egipto hacia Italia- o, incluso, la que atraviesa los enclaves españoles de Ceuta y Melilla. Según la Organización Internacional de las Migraciones, el número de llegadas a Grecia bajó con gran brusquedad tras la aprobación del acuerdo: de las más de 853.650 que se contabilizaron en 2015 ha pasado a 173.614 en 2016 y 35.052 en 2017⁶⁷⁸.

En 2019, el futuro del acuerdo UE-Turquía parece incierto. En julio de ese mismo año, el gobierno turco ha anunciado que suspende su cumplimiento. Se trata de una respuesta a las sanciones impuestas por la UE a Turquía por sus operaciones de extracción de gas en aguas chipriotas, además de a la falta de avances en la liberalización del régimen de visados para los ciudadanos turcos⁶⁷⁹. El anuncio coincide con un aumento en las llegadas a Grecia: en 2018, el número ascendió hasta las 50.215; a 24 de septiembre de 2019, se han registrado más de 41.615⁶⁸⁰, un aumento en las llegadas que resulta del todo preocupante. A su vez, la invasión del norte de Siria por el ejército turco a principios de

⁶⁷⁶ PINYIOL, G., “Un paso atrás o un mal paso: La Declaración EU-Turquía”, *Agenda Pública*, de 20 de marzo 2016, disponible en <http://agendapublica.es/un-paso-atras-o-un-mal-paso-sobre-la-declaracion-eu-turquia/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁷⁷ “NGOs take step back as return of refugees by Greece approaches”, *Ekathimerini* de 22 de marzo de 2016, disponible en <http://www.ekathimerini.com/207253/article/ekathimerini/news/ngos-take-step-back-as-return-of-refugees-by-greece-approaches> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁷⁸ Datos extraídos del portal de OIM sobre Europa, disponible en <http://migration.iom.int/europe/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁷⁹ “Turkey suspends deal with the EU on migrant readmission”, *EURactiv* de 24 de julio de 2019, disponible en <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/turkey-suspends-deal-with-the-eu-on-migrant-readmission/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁸⁰ Cifras extraídas de OIM Europa, cit. supra.

octubre puede provocar un nuevo aumento en grandes números de las llegadas de solicitantes de asilo a Grecia y otros Estados Miembros cercanos⁶⁸¹.

2.2. Cooperación con otros terceros Estados: la colaboración con Libia.

El descenso en las llegadas a Grecia que se produjo en 2016 y 2017 a raíz del acuerdo UE-Turquía coincidió con un aumento de las producidas a Italia y España, si bien en un número mucho menor. En 2017, 119.369 personas entraron de manera irregular en Italia y 28.707 en España; en 2018, las tornas cambiaron, llegando a España 65.325 y a Italia, 23.370. No obstante, resulta preocupante el incremento en los fallecimientos en el mar al intentar llegar a estos dos Estados⁶⁸². En 2016, 5.143 personas fallecieron en el Mediterráneo, la mayoría -4.581 personas- en la ruta central. Al año siguiente esta cifra se redujo considerablemente hasta las 3.139, pero de las cuales 2.853 corresponden a naufragios en el Mediterráneo central. Sin embargo, las muertes en la ruta occidental siguen en la actualidad una tendencia ascendente muy preocupante. Si en 2016 se contabilizaron 128 fallecimientos al intentar acceder a las costas españolas, en 2017 se produjeron 224, una cifra que se ha multiplicado en 2018 (811 fallecimientos). Aunque estas cifras no sean comparables en términos absolutos a las alcanzadas en el resto del Mediterráneo en años anteriores, la tendencia al alza en la ruta occidental debe merecer la mayor atención.

Adelantándose a este repunte en las llegadas por rutas distintas a la del Egeo, el gobierno alemán ya abrió en 2016 la puerta a un acuerdo similar al suscrito con Turquía con Estados africanos⁶⁸³. La Comisión Europea avanzó poco después en esa misma dirección mediante la elaboración de un Nuevo Marco de Asociación con terceros países⁶⁸⁴, una comunicación cuyo objetivo expreso era situar la política migratoria en el

⁶⁸¹ “Turquía lanza su ataque por tierra y aire contra las fuerzas kurdas en Siria”, *El Mundo* de 10 de octubre de 2019, disponible en

<https://www.elmundo.es/internacional/2019/10/09/5d9de3f621efa0f94c8b45c3.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁸² Datos extraídos del proyecto de la OIM “Missing migrants”, disponibles en <http://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁸³ “Berlín ve aplicable para África el acuerdo de refugiados entre Europa y Turquía”, *El Español* de 3 de abril de 2016, disponible en http://www.elspanol.com/mundo/20160403/114488617_0.html (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁸⁴ CE, Comunicación sobre el establecimiento de un Nuevo Marco de Asociación con terceros países encuadrado en la Agenda Europea de Migración, COM(2016) 385 final, de 7 de junio de 2016.

centro de las relaciones con terceros países (particularmente, los africanos⁶⁸⁵). Con el fin último de frenar la migración irregular, la Comisión plantea la posibilidad de combinar incentivos positivos con negativos, esto es, “premiar a aquellos Estados que cumplen con sus obligaciones internacionales de readmitir a sus propios nacionales y a los que cooperan en el control de los flujos irregulares de personas desde terceros Estados” al tiempo que “debe haber consecuencias para aquellos que no cooperen con la readmisión y el retorno”⁶⁸⁶. Este mecanismo de “palo y zanahoria” se extiende a todas las políticas de la Unión Europea -con la excepción única de la ayuda humanitaria-. Se trata, pues, de vincular la ayuda al desarrollo o la política comercial a la disposición de los terceros Estados a plegarse a la voluntad de la Unión Europea en materia migratoria. Una idea que ha dado forma a la política exterior de la Unión desde principios del siglo XXI⁶⁸⁷ y que se integra en la estrategia general de externalizar el control sobre los flujos migratorios. El fin último -pero rara vez expresado⁶⁸⁸- de dicha estrategia es frenar a las personas que intentan acceder a Europa antes de que entren en el ámbito jurisdiccional de los Estados europeos, evitando así tener que proteger y garantizar sus derechos.

Siguiendo esta estrategia de incluir a terceros países -en particular, a aquellos Estados clave para el tránsito de los flujos migratorios hacia Europa- en un gran “sistema de contención”⁶⁸⁹ de la migración y el asilo, en febrero de 2017 Italia acordó un Memorandum de Entendimiento⁶⁹⁰ con el gobierno libio de Favez al-Serraj. No se trata

⁶⁸⁵ Una idea que ya se avanzó con ocasión de la Conferencia de La Valeta celebrada entre Jefes de Estado y de Gobierno de la UE y de África en 2015. *Vid.* Cumbre de La Valeta, Plan de Actuación, de 11 y 12 de noviembre de 2015, disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/21839/action_plan_en.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁸⁶ *Vid.* “Comunicación sobre el establecimiento de un Nuevo Marco de Asociación con terceros países...”, cit. supra, p. 9.

⁶⁸⁷ PALM, A.V., “The EU external policy on migration and asylum: what role for Italy in shaping its future?”, *Osservatorio sul Diritto Europeo dell’immigrazione – Policy Brief*, mayo de 2017, p. 3.

⁶⁸⁸ FREI, N.; HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement or fighting ‘illegal migration’?...”, cit. supra.

⁶⁸⁹ GIUFFRÉ, M. G., “From Turkey to Libya: the EU Migration Partnership from bad to worse”, *Eurojus.it*, Vol. 4-1, 2017, disponible en <http://rivista.eurojus.it/from-turkey-to-libya-the-eu-migration-partnership-from-bad-to-worse/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

⁶⁹⁰ “Memorandum d’intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana”. Traducción en inglés elaborada por la red Odysseus http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

de la primera colaboración entre ambos Estados mediterráneos para controlar la inmigración irregular hacia Italia, cuyas estrategias contra la inmigración irregular se han caracterizado por la búsqueda de la cooperación tanto con otros Estados de la Unión como con los terceros Estados de tránsito y de origen⁶⁹¹. De hecho, varios acuerdos anteriores constituyeron en la primera década de los 2000 la base jurídica para justificar las prácticas de *push-back* llevadas a cabo por el gobierno italiano y que le costaron una condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012⁶⁹², como se desarrollará posteriormente en este mismo capítulo. La sentencia *Hirsi* y la caída del régimen de Gadafi en Libia provocaron la suspensión de dichos acuerdos⁶⁹³. Sin embargo, ambos Estados expresan en el Memorándum la necesidad de implementarlos para resolver la situación de los “migrantes ilegales”. Esta terminología es sólo uno de los problemas que presenta el Memorándum. Al referirse únicamente a la necesidad de frenar los flujos de inmigrantes “ilegales” o “clandestinos”⁶⁹⁴, el acuerdo ignora por completo la complejidad de dichos flujos, y, en particular, la importante presencia de potenciales solicitantes de asilo entre las personas que los conforman. Como señaló Palm:

“This could be interpreted as a (not so) hidden policy choice which aims at the creation of a rhetoric based on the association of different legal statuses to a single category of persons not having the right to enter the EU territory”⁶⁹⁵

En este sentido, el artículo 1 establece como principales obligaciones de las Partes la cooperación en iniciativas para apoyar a las instituciones militares y de seguridad libias con el fin de frenar los flujos de “migrantes ilegales”, para financiar programas de desarrollo en las regiones “afectadas por el fenómeno de la inmigración ilegal” y para proporcionar apoyo técnico y tecnológico a las instituciones libias en la lucha contra ésta,

⁶⁹¹ DI PASCALE, A., “Migration control at sea: the Italian case”, en RYAN, B.; MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, pp. 281-310.

⁶⁹² *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, no. 27765/09, de 23 de febrero de 2012.

⁶⁹³ PALM, A., “The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2 de octubre de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁶⁹⁴ Un término que había sido oficialmente eliminado de su vocabulario por el gobierno italiano y que, sin embargo, emplea sin complejos en el Memorándum. *Vid.* GIUFFRÉ, M. G., “From Turkey to Libya...”, *cit. supra*.

⁶⁹⁵ PALM, A., “The Italy-Libya Memorandum of Understanding...”, *cit. supra*

en particular a las guardias fronterizas y de costas. Estas obligaciones son completadas en el artículo 2 por otros objetivos más concretos, entre los que destacan reforzar el control de la frontera sur de Libia, financiar centros de recepción de inmigrantes en este Estado, instruir al personal de dichos centros sobre cómo “enfrentar las condiciones de la inmigración ilegal” y colaborar con las Organizaciones Internacionales presentes en Libia para agilizar los procesos de retorno.

Junto a estas obligaciones específicas, este precepto incluye otras mucho más genéricas relativas a profundizar en la cooperación entre Europa y África para eliminar las causas de la inmigración irregular y reducir la pobreza y el desempleo, así como desarrollar programas de creación de empleo. Ambos preceptos dibujan un mapa de compromisos entre Italia y Libia que refleja claramente las preocupaciones suscitadas por la externalización de las políticas migratorias⁶⁹⁶. Así, existe un claro desequilibrio entre las obligaciones de contenido puramente securitario, centradas en evitar que las personas migrantes salgan del territorio libio en dirección a Europa, y aquellas cuyo objetivo es reducir los factores que espolean los flujos de personas hacia Europa. Se trata de una versión incluso más perniciosa del acuerdo con Turquía, cuyos fines eran idénticos, pero no tan explícitos⁶⁹⁷.

En general, podría decirse que, ante la imposibilidad legal de continuar con las devoluciones a Libia, que conformaban el núcleo de las operaciones de control de fronteras italianas en el Mediterráneo, Italia -al igual que el resto de Estados Miembros- pretende que dichas devoluciones sean perpetradas en territorio libio por las autoridades libias⁶⁹⁸. Y si el contenido obligatorio del Memorándum no fuera ya suficientemente peligroso para los derechos de las personas migrantes en general y los solicitantes de asilo

⁶⁹⁶ Sobre la externalización de las políticas de control de fronteras, migración y asilo, *vid.* ABRISKETA URIARTE, J., “La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, Vol. 56, pp. 119-158; MORENO-LAX, V.; GIUFFRÉ, M., “The rise of consensual containment: from ‘contactless control’ to ‘contactless responsibility’ for forced migration”, en JUSS, S. (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2019, pp. 82-108; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Externalización de controles migratorios versus derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 37, 2019.

⁶⁹⁷ GIUFFRÉ, M. G., “From Turkey to Libya...”, *cit. supra*.

⁶⁹⁸ NAKACHE, D.; LOSIER, J., “The European Union Immigration Agreement with Libya: Out of Sight, Out of Mind?”, *E-International Relations*, 25 de julio de 2017, disponible en <http://www.e-ir.info/2017/07/25/the-european-union-immigration-agreement-with-libya-out-of-sight-out-of-mind/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

en particular, no existe en todo su articulado mención alguna a la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 -los cuales no han sido firmados por Libia-. En cuanto a la existencia de mecanismos que pudieran mitigar los previsibles riesgos para los Derechos Humanos que presenta este acuerdo, quedan relegados a un escueto Artículo 5 según el cual las disposiciones del Memorándum deben ser interpretadas y aplicadas conforme con “las obligaciones internacionales y acuerdos de Derechos Humanos de los cuales los dos países sean parte”⁶⁹⁹.

La falta de garantías suficientes para proteger los derechos humanos de las personas migrantes y solicitantes de asilo es especialmente alarmante debido a la pésima situación en que se encuentra este colectivo en Libia. Así se desprende de diversos informes elaborados por organizaciones pro-derechos humanos tales como Amnistía Internacional⁷⁰⁰, Human Rights Watch⁷⁰¹ o la Federación Internacional de Derechos Humanos⁷⁰², por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados⁷⁰³ o por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁷⁰⁴. Las personas migrantes y refugiadas son especialmente vulnerables a sufrir “detención arbitraria en condiciones inhumanas; torturas, incluida la violencia sexual; secuestros para obtener rescate; extorsión; trabajo forzoso; y homicidio”⁷⁰⁵, entre otras gravísimas violaciones de los derechos humanos⁷⁰⁶. Se trata además de un Estado que no sólo es incapaz de ofrecer

⁶⁹⁹ “Le Parti si impegnano ad interpretare e applicare il presente Memorandum nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte”, en la versión auténtica en italiano.

⁷⁰⁰ AI, *Libya: European governments complicit. in horrific abuse of refugees and migrants*, 12 de diciembre de 2017; AI, *A year after Italy-Libya migration deal, time to release thousands trapped in misery*, 1 de febrero de 2018.

⁷⁰¹ HRW, *Libya: End ‘Horrorific’ Abuse of Detained Migrants*, 14 de diciembre de 2016.

⁷⁰² FIDH, *Joint position paper on the human rights of migrants in Libya* FIDH - LFJL, 4 de noviembre de 2017.

⁷⁰³ ACNUR, *Libia: Refugiados y migrantes, cautivos de los traficantes en deplorables condiciones*, 17 de octubre de 2017.

⁷⁰⁴ ACNUDH, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Libia, en particular sobre la eficacia de las medidas de asistencia técnica y fomento de la capacidad recibidas por el Gobierno de Libia*, A/HRC/34/42, de 31 de enero de 2017.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, §45.

⁷⁰⁶ En 2019 se produjo un incidente especialmente trágico: más de cuarenta de personas murieron víctimas de un ataque aéreo a un centro de internamiento de migrantes en Tayura, en las inmediaciones de Trípoli. Vid. “Al menos 40 muertos tras un bombardeo en un centro de migrantes en Trípoli”, *El País*, 4 de julio de 2019, disponible en https://elpais.com/internacional/2019/07/03/actualidad/1562116352_869738.html (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

protección alguna a las personas LGBTI, sino que prohíbe las relaciones entre personas del mismo género, por lo que es particularmente inseguro para este grupo de migrantes⁷⁰⁷.

La Organización Internacional de las Migraciones estimaba en mayo de 2019 en más de 640.000 personas formaban la población migrante en Libia⁷⁰⁸; entre ellos, varias decenas de miles de nacionales de Estados tales como Siria, Eritrea o Somalia, países cuya situación hace pensar en ellos como potenciales solicitantes de asilo. Por este motivo, varios autores se han planteado la posibilidad de que la Unión Europea o los Estados Miembros -en particular, Italia- pudieran ser responsables internacionalmente como cómplices en la comisión de dichas vulneraciones⁷⁰⁹, en el sentido del artículo 16 de la Resolución de la Asamblea General sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷¹⁰ o, incluso, como responsables directos de violar el principio de no devolución⁷¹¹.

La cooperación con terceros países es fundamental para una mejor gestión de los flujos migratorios y, por tanto, debe ser una prioridad de la Unión Europea y los Estados Miembros. Además, debería tener como fin aliviar la presión que supone para sus poblaciones, sus instituciones y su presupuesto garantizando los derechos humanos. En la actualidad, la inmensa mayoría de los 22,5 millones de refugiados del mundo se encuentran en países en desarrollo⁷¹², muchos de ellos Estados cercanos geográficamente a Europa como son Turquía o Líbano. Sin embargo, el enfoque puramente securitario con el que se desarrolla esta necesaria colaboración la subyuga al objetivo último de frenar

⁷⁰⁷ RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, p. 355.

⁷⁰⁸ OIM, *Libya's migrant report — round 25*, mayo de 2019, disponible en www.iom.int/ (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁰⁹ MACKENZIE-GRAY SCOTT, R., “Torture in Libya and questions of EU Member State complicity”, *EJIL: Talk!*, 11 de enero de 2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/torture-in-libya-and-questions-of-eu-member-state-complicity/> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its Member States for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 30 de enero de 2018, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/a-blind-spot-in-the-migration-debate-international-responsibility-of-the-eu-and-its-member-states-for-cooperating-with-the-libyan-coastguard-and-militias/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷¹⁰ AG, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Documento A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

⁷¹¹ GAUCI, J-P, “Back to old tricks? Italian responsibility for returning people to Libya”, *EJIL: Talk!*, 6 de junio de 2017, disponible en <https://www.ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷¹² Cifra extraída de <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

los movimientos migratorios lejos de Europa y, por tanto, de las garantistas legislaciones de sus Estados. De esta forma, la frontera externa de la Unión se expande, si bien únicamente para el colectivo de los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo.

Ante la imposibilidad de acceder al territorio de los Estados Miembros, los solicitantes de asilo se ven abocados a unirse a los migrantes irregulares en los llamados flujos mixtos, debiendo dejar su destino en manos de las mafias que trafican con personas. La Unión Europea y los Estados Miembros ignoran voluntariamente esta realidad, adoptando un discurso hostil al extranjero “clandestino” e “ilegal” que no diferencia a aquellos a los que el derecho internacional debe proteger, y buscando en dichas redes de tráfico de personas la causa, y no la consecuencia, de los flujos migratorios irregulares. Una visión totalmente nociva que se ha cobrado la vida de decenas de miles de personas en la década de los 2010.

3. SEGUNDO PILAR: “GESTIÓN DE LAS FRONTERAS — SALVAR VIDAS Y PROTEGER LAS FRONTERAS EXTERIORES”

De acuerdo con el artículo 77 TFUE, apartado primero, la política común de control de las fronteras de la UE debe articularse en torno a varios objetivos: 1) eliminar por completo los controles interiores; 2) garantizar un control de las fronteras exteriores eficaz; y 3) alcanzar de forma progresiva el objetivo final de una gestión integrada de las fronteras. Este último concepto, que hasta entonces había sido considerado en unos términos eminentemente políticos⁷¹³, se convirtió en una obligación vinculante para la UE y los Estados Miembros con la aprobación del Tratado de Lisboa⁷¹⁴. La gestión integrada de fronteras es considerada como el “corolario indispensable de la libre circulación de personas en la Unión Europea y componente esencial del espacio de libertad, seguridad y justicia”, tal y como se refleja en el Considerando primero del Reglamento 2007/2004⁷¹⁵, por el que se creó la Agencia Frontex (en adelante,

⁷¹³ FERRARO, F.; DE CAPITANI, E., “The new European Border and Coast Guard: yet another ‘half way’ EU reform?”, *ERA Forum*, Vol. 17, 2016, p. 388.

⁷¹⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Gestión integrada de fronteras, Frontex y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?”, en SALINAS DE FRÍAS, A.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., (dir.); SÁNCHEZ FRÍAS, A.; PEÑA DÍAZ, F., (coord.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁷¹⁵ Reglamento (CE) Núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, *DOUE L* 349, de 25 de noviembre de 2004, pp. 1-11 (actualmente derogado).

“Reglamento Frontex”). Esos son los objetivos del espacio Schengen, el área sin fronteras creada a partir del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y que se rige por el conjunto de normas y acuerdos que forman el llamado acervo de Schengen. En este grupo destacan el Código de Fronteras Schengen y la Agencia Frontex, reconvertida en la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

La Agenda Europea de Migración marca dos objetivos básicos del control y vigilancia de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras marítimas⁷¹⁶. En lo que respecta al primero de ellos, propone como medida urgente triplicar el presupuesto de las operaciones *Tritón* y *Poseidón* para “restablecer el nivel de intervención previsto por Italia en el marco de la antigua operación *Mare Nostrum*”. Este es el nombre que se le dio al dispositivo italiano de rescate marítimo que, posteriormente, fue sustituido por una operación conjunta en el marco de Frontex de menor entidad y esencialmente centrada en la vigilancia, en lugar de en el rescate y salvamento⁷¹⁷. Se trata de la primera ampliación de competencias de una operación Frontex para incluir tareas de búsqueda y rescate⁷¹⁸. El objetivo es que Frontex pueda cumplir su pretendido “doble papel” de coordinar el apoyo operativo a los Estados Miembros cuyas fronteras están sometidas a mayor presión y ayudar al rescate de migrantes. Supone además una respuesta a las críticas que suscitó *Tritón* por tratarse de una operación claramente inferior tanto en presupuesto como en su ámbito geográfico de actuación a la operación *Mare Nostrum*, y a una necesidad urgente que el naufragio del 19 de abril hizo obvia. Así lo reconoce la Comisión al afirmar que son medidas de emergencia en respuesta a una crisis específica⁷¹⁹. En cualquier caso, la Agenda no cambia el enfoque securitario de *Tritón* y *Poseidón*, que no son operaciones de búsqueda y rescate marítimos sino, más bien, dispositivos de vigilancia y control de fronteras reforzados para desarrollar funciones de salvamento. Hasta la aprobación del Reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, este tipo de tareas ni siquiera formaban parte del mandato de Frontex.

⁷¹⁶ Agenda Europea de Migración, cit. supra, p. 13.

⁷¹⁷ VACAS FERNÁNDEZ, F., “The European operations in the Mediterranean Sea to deal with migration as a symptom: from the Italian operation *Mare Nostrum* to Frontex operations *Triton* and *Posseidon*, *EUNAVFOR-MED* and NATO’s assistance in the Aegean Sea”, *The Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2016, pp. 93-117.

⁷¹⁸ CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L., “A European Border and Coast Guard: What’s in a name?”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Núm. 88, 2016, p. 5.

⁷¹⁹ Agenda Europea de Migración, cit. supra, p. 12.

Sin embargo, la hoja de ruta planteada por la Agenda está claramente desequilibrada en favor del segundo objetivo, la protección de fronteras, siendo la principal de estas medidas el fortalecimiento de la Agencia Frontex. Dicho refuerzo se produciría a través de una mayor coordinación en las funciones de vigilancia costera, de un mayor énfasis en el análisis de riesgos y del uso de la tecnología para crear unas fronteras verdaderamente “inteligentes” que permitan distinguir fácilmente entre migrantes irregulares y “viajeros de países terceros de buena fe”⁷²⁰. Este último término, ajeno a la legislación internacional, invita a preguntarse en cuál de las dos categorías estarían incluidos los solicitantes de asilo que acceden a Europa de manera irregular y en qué consiste esa buena fe.

Una de las medidas clave incluidas en la Agenda Europea de Migración es la implantación de un enfoque de “puntos críticos” (*hotspots*). Dicho enfoque consiste en una cooperación intensificada entre las agencias que operan en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (como la Guardia Europea de Fronteras y Costas, Europol o la Oficina Europea de Apoyo al Asilo) en puntos específicos de los Estados Miembros de primera línea para asistirles (particularmente, Grecia e Italia) en caso de incrementos desproporcionados en el número de llegadas⁷²¹. El apoyo operacional que ofrecen a estos Estados abarca el registro de los migrantes irregulares y solicitantes de asilo, coordinación de su retorno, labores de interpretación, intercambio de inteligencia y otras labores de apoyo⁷²². Sin embargo, los *hotspots* han planteado nuevos desafíos desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los migrantes y la atribución de la responsabilidad por vulnerarlos que han preocupado tanto a la academia⁷²³ como a las ONGs⁷²⁴.

⁷²⁰ *Ibid.* p. 13.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷²² CE, “Explanatory note on the ‘hotspot’ approach”, julio de 2015, disponible en <https://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷²³ CASOLARI, F., “The EU’s hotspot approach to managing the migration crisis: a blind spot for international responsibility?”, *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2015, pp. 109-134; FERNÁNDEZ ROJO, D., “Hotspot approach: cooperación y control de Frontex, EASO y Europol”, en BLASI CASAGRÁN, C.; ILLAMOLA DAUSA, M. (coord.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 105-121.

⁷²⁴ AI, *Hotspot Italy: how EU’s flagship approach leads to violations of refugee and migrant rights*, noviembre de 2016, disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/>; CARITAS EUROPA, *The hotspot approach*, febrero de 2016, disponible en <https://www.caritas.eu/the-hotspot-approach/>; DANISH REFUGEE COUNCIL, *Fundamental rights and the hotspot approach*,

Finalmente, la Agenda propone reforzar la capacidad de los países del norte de África para “intervenir y salvar vidas de migrantes en peligro”⁷²⁵, una idea cuyos problemas de aplicación y consecuencias ya hemos tenido ocasión de analizar en el epígrafe anterior. En cualquier caso, se trata de reformas con un espíritu puramente securitario, de protección frente a la amenaza de la migración irregular. Esta concepción de la frontera exterior como barrera infranqueable viene justificada por la Unión Europea y los Estados Miembros en tanto que sería necesaria para mantener el espacio Schengen libre de fronteras interiores, y su influencia es palpable tanto en las normas que regulan la entrada en dicho espacio como en la no-tan-novedosa Guardia Europea de Fronteras y Costas.

3.1. Código de Fronteras Schengen.

La entrada en vigor del Reglamento 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (“Código de fronteras Schengen” o “CFS”)⁷²⁶ supuso el primer paso cualitativo hacia la armonización del control y la vigilancia de las fronteras de los Estados Miembros que forman parte del espacio Schengen⁷²⁷. El actual Código de fronteras Schengen⁷²⁸ tiene un doble objeto: la eliminación de los controles fronterizos en el espacio Schengen y la aplicación de unas normas comunes al control de las fronteras exteriores (art. 1). Sin embargo, el CFS gira en torno a dos principios que se encuentran en tensión en la práctica. De un lado, tiene como objetivo garantizar la libertad de circular libremente por el territorio de Schengen. Del otro, considera el desarrollo de un sistema de vigilancia uniforme en la frontera exterior como esencial para la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Al asumirse que unos controles y requisitos de entrada estrictos para controlar la inmigración irregular son fundamentales para el ELSJ, la seguridad pasa de ser un medio para obtener la libertad a convertirse en un fin en sí mismo. Deja de ser un potencial límite

octubre de 2017, disponible en https://drc.ngo/media/4051855/fundamental-rights_web.pdf (consultados por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷²⁵ *Ibid.* p. 14.

⁷²⁶ *DOUE* L 105, de 13 de abril de 2006, pp. 1-32.

⁷²⁷ GARCÍA COSO, E. *La regulación de la inmigración irregular. Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 205.

⁷²⁸ *DOUE* L 77, de 23 de marzo de 2016, pp. 1-52.

a la libertad que debe aplicarse con cautela para transformarse en una condición preexistente a la libertad⁷²⁹.

De acuerdo con el artículo 3 CFS, sus disposiciones son aplicables a toda aquella persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados Miembros, teniendo como límite la libre circulación y, de forma especialmente relevante para nuestra investigación, los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución. Asimismo, el artículo 4 establece expresamente que los Estados Miembros deben actuar con pleno respeto al Derecho de la Unión, incluida la Carta de Derechos Fundamentales; al Derecho internacional, incluida la CG51; a las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales. No obstante, cabe preguntarse si el elenco de medidas de control de fronteras contenidas en el CFS es fiel al espíritu protector del solicitante de asilo recogido en estos preceptos o si, por el contrario, la tensión en la que se hallan la libertad de circulación y la necesidad de controles externos intensos se decanta en contra de los solicitantes de asilo.

A priori, dada la mención en los artículos 3 y 4 a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional y la CG51 y el principio de no devolución, respectivamente, pareciera que el CFS asume que este grupo de personas merecen un tratamiento diferenciado en el ámbito del control de fronteras. Sin embargo, el artículo 2 -en el que se definen numerosos conceptos a efectos del CFS- no recoge una definición de “refugiado” o “solicitante de protección internacional”. Sí distingue entre “beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la UE” - limitado a los ciudadanos de la UE y los nacionales de terceros países con los que existan acuerdos recíprocos de libre circulación y el o la “nacional de un tercer país”. Dado que los solicitantes de asilo no gozan del derecho a la libre circulación, únicamente pueden ser encuadrados en este último concepto, definido *a sensu contrario* como toda persona que no sea beneficiaria de este derecho. Se trata del primero de varios indicios de que el CFS podría no respetar los derechos de los refugiados al haberlos integrado en el amplio y genérico grupo de “nacionales de un tercer país”.

⁷²⁹ MORENO-LAX, V., *Assessing Asylum in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 60.

Los artículos 5 y 6 del CFS recogen las normas relativas al cruce de las fronteras exteriores y las condiciones de entrada para los nacionales de un tercer país. En lo que respecta al cruce, encontramos que tampoco se distingue un régimen específico para los solicitantes de protección internacional. Por norma general, las fronteras exteriores únicamente pueden ser cruzadas a través de los pasos fronterizos y en el horario de apertura establecido, so pena de sanción. Esta norma encuentra su excepción en el artículo 5.2 CFS. Sin embargo, éste no menciona a los solicitantes de protección internacional como un supuesto en el que podría cruzarse la frontera en otras circunstancias. El epígrafe b) de este apartado permite al Estado Miembro eximir de esta obligación en el que supuesto de que se dé una situación imprevista de emergencia.

A nuestro juicio, se plantean dos problemas. En primer lugar, el CFS no define qué debe entenderse por “situación imprevista de emergencia” a efectos de este precepto. En segundo lugar, la concurrencia de una situación imprevista de emergencia no dispensa automáticamente a la persona que pretende cruzar la frontera de la obligación de hacerlo por el paso fronterizo y en las horas permitidas, sino que somete tal decisión a la discrecionalidad del Estado Miembro (“podrá eximirse”). Finalmente, la única mención a los solicitantes de asilo en relación con el cruce de fronteras se relaciona con la imposición de sanciones para quienes incumplan la obligación del artículo 5.1 CFS, que deberá realizarse “sin perjuicio de...[las] obligaciones [de los Estados Miembros] en materia de protección internacional” (artículo 5.3).

En lo que se refiere a las condiciones de entrada para los nacionales de un tercer país, la norma general parte de la premisa de que la estancia no debe exceder de 90 días dentro de un periodo de 180 días (artículo 6.1.). Es decir, se entiende que los nacionales de un tercer país que pretendan cruzar legalmente la frontera tienen intención de regresar a sus lugares de origen al término de su breve estancia en el territorio Schengen. Por esta razón se les exige estar en posesión de una autorización de viaje o un visado válidos, así como de aquellos documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y la disponibilidad de medios suficientes para la estancia y el retorno. Finalmente, no deben estar inscritos en el Sistema de Información Schengen (SIS) como no admisibles ni suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados Miembros ni estar inscritos como no admisibles en sus bases de datos nacionales. En nuestra opinión, estos criterios no son adecuados para la entrada legal de una persona solicitante de protección internacional ya

que, por definición, no puede tener previsto el regreso a su país de origen. Además, en numerosas ocasiones no disponen de la documentación que el artículo requiere, en particular una autorización de viaje o un visado válidos.

Por este motivo, el artículo 6.5 c) CFS permite a los Estados Miembros autorizar la entrada a nacionales de un tercer país que no cumplan con estas condiciones “por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales”, lo que deja a la discrecionalidad del Estado Miembro la posibilidad de autorizar o no la entrada a un solicitante de protección internacional. Dado que el régimen general no permite la entrada a los solicitantes de protección internacional, su única posibilidad de cruzar legalmente la frontera queda sujeta a la discrecionalidad estatal.

Frente a la resolución que deniegue la entrada -que debe ser motivada- cabe recurso, pero su incoación no tiene efectos suspensivos en ningún caso (art. 14.3). Esta norma contradice la jurisprudencia del TEDH, según la cual cualquier medida de expulsión⁷³⁰ debe poder ser contestada con un recurso que pueda suspender sus efectos; de lo contrario, puede suponer una vulneración del artículo 13 -derecho a un recurso efectivo- del CEDH en relación con los artículos 3 -prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes- y el artículo 4 del Protocolo 4 -prohibición de expulsiones colectivas-⁷³¹.

Por su parte, el TJUE ha denegado expresamente en el caso *Zakaria*⁷³² que el Reglamento obligue a los Estados Miembros a establecer en sus ordenamientos otro recurso distinto de este, siquiera uno que permita al recurrente resarcirse por los daños morales sufridos tras una actuación de las fuerzas fronterizas incorrecta u ofensiva. Sin embargo, resulta difícil justificar esta decisión del TJUE⁷³³ habida cuenta de los artículos 4 y 7 CFS⁷³⁴. Este último consagra los principios de respeto a la dignidad humana,

⁷³⁰ De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH que interpreta la prohibición de expulsiones colectivas prevista en el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH, el término “expulsión” debe entenderse en “su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)” (*Hirsi Jamaa and others v. Italy*, cit. supra, §174). Por tanto, una denegación de entrada también sería susceptible de ser revisada respecto a su adecuación a este precepto.

⁷³¹ *Čonka v. Belgium*, Núm. 51564/99, §79-85, ECHR 2002-I; *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, Núm. 25389/05, §66, ECHR 2007-II: §66; *Hirsi Jamaa*, §197.

⁷³² Sentencia de 17 de enero de 2013, *Zakaria*, C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24.

⁷³³ De hecho, el único argumento esgrimido por el TJUE es que el recurso del artículo 14 se enmarca en un precepto “íntegramente dedicado a las cuestiones relativas a la denegación de entrada” (§34), y en el caso *Zakaria* el recurrente sí había obtenido la autorización para entrar.

⁷³⁴ MORENO-LAX, V., *Assessing Asylum in Europe*, cit. supra., p. 66.

proporción y no discriminación -por, entre otros motivos, la orientación sexual-, que deben regir en toda inspección fronteriza llevada a cabo por la guardia fronteriza. Todos ellos se encuentran consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales, la cual debe ser respetada de acuerdo con el artículo 4 CFS y que, además, incluye en el artículo 47 CDF el derecho a una tutela judicial efectiva frente a la violación de todos aquellos “derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión”. Por tanto, el CFS adolece de la falta de un remedio para asegurar la tutela judicial efectiva de las personas que atraviesan la frontera exterior del espacio Schengen frente a vulneraciones de, entre otros, su derecho a una inspección fronteriza acorde a la legalidad, *i.e.*, proporcional, digna y no discriminatoria.

Las normas de denegación de entrada, que incluyen además la obligación de la guardia de fronteras de velar por que un nacional de un tercer país al que se ha denegado la entrada no ingrese en el territorio del Estado Miembro (art. 14.4), carecen de salvaguardas suficientes con respecto a los derechos de los solicitantes de protección internacional en general y al principio de *non refoulement* en particular. El CFS no prevé ningún mecanismo para identificar a las personas solicitantes de protección internacional, lo que a nuestro juicio disminuye las posibilidades de que puedan acceder al asilo. Para encontrar alguna referencia a acceso al asilo es preciso acudir al Manual Schengen⁷³⁵, que recomienda a las autoridades encargadas del control fronterizo de personas de los Estados Miembros las directrices que deben seguir al aplicar el CFS. En él la Comisión prevé que un nacional de un tercer país debe ser considerado como solicitante de protección internacional si “de cualquier modo expresa miedo a sufrir algún daño grave si regresase a su país de origen o de su anterior residencia habitual”, sin que deba “expresarse de ninguna forma particular” ni utilizar la palabra “asilo”⁷³⁶. Entendemos que un texto sin carácter vinculante no es el instrumento idóneo y que el CFS debería incluir una

⁷³⁵ CE, Recomendación de la Comisión, de 06/XI/2006, por la que se establece un “Manual Práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen)” común destinado a las autoridades competentes de los Estados Miembros encargadas del control fronterizo de personas, C (2006) 5186. Ha sido modificado en varias ocasiones por las Recomendaciones C (2008) 2976, C (2009) 7376, C (2010) 5559, C (2011) 3918, C (2012) 9330 y C (2015) 3894.

⁷³⁶ *Ibid.* p. 54.

disposición en estos términos⁷³⁷ para ser verdaderamente acorde al Derecho Internacional de los Refugiados y coherente con el Sistema Europeo Común de Asilo.

La razón de que los derechos de los solicitantes de protección internacional no estén suficientemente garantizados por el CFS reside en los objetivos de la vigilancia de fronteras, que de acuerdo con el artículo 13 son impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia organizada y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. La vigilancia tiene, pues, un enfoque eminentemente securitario, considerando la inmigración irregular como una amenaza a la seguridad al mismo nivel que la delincuencia organizada⁷³⁸. Este enfoque, habitual en los documentos de la Unión sobre migración, asilo y control de fronteras⁷³⁹, implica además que garantizar los Derechos Humanos y el Derecho de los refugiados no se encuentra entre las prioridades de la vigilancia fronteriza. La práctica imposibilidad de entrar legalmente al territorio del Espacio Schengen a la que se enfrentan la mayoría de los solicitantes de asilo al aplicarse el CFS no es fruto de la casualidad o de una deficiente técnica jurídica en el legislador, sino que se trata de una decisión consciente justificada en evitar el “abuso”⁷⁴⁰ del Sistema Europeo Común de Asilo. Se trata de un razonamiento insostenible que implica prejuzgar si la necesidad de protección y el temor a regresar a su país de origen alegados por la persona son legítimos o no antes incluso de que se inicie un procedimiento para conceder la protección internacional⁷⁴¹.

3.2. La Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex).

3.2.1. Antecedentes: la Agencia Frontex.

La idea de una guardia supranacional para la coordinación de las actividades de control y vigilancia de las fronteras exteriores apareció por primera vez en una resolución

⁷³⁷ MORENO-LAX, V., *Accessing Asylum in Europe*, cit. supra., p. 74.

⁷³⁸ GOODWIN-GILL, G., “Forced migration: refugees, rights and security”, en McADAM, J. (ed.) *Forced Migration, Human Rights and Security*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2008, pp. 1-18.

⁷³⁹ FAJARDO DEL CASTILLO, T., “El Programa de Estocolmo: últimos desarrollos de la política europea de libertad, seguridad y justicia”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. (dir.), *Inmigración, seguridad y justicia: problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 153-173.

⁷⁴⁰ Término utilizado por la Comisión en, entre otros textos, la Agenda Europea de Migración.

⁷⁴¹ DA LOMBA, S., *The right to seek refugee status in the European Union*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Nueva York, 2004, p. 107.

del Parlamento Europeo de 1998⁷⁴² relativa a las consecuencias de la ulterior ampliación de la Unión Europea. En ella, el Parlamento Europeo proponía la introducción de una “futura policía europea de fronteras que europeíce las experiencias nacionales obtenidas con los órganos de protección de las fronteras”⁷⁴³, pues el control ejercido por los Estados Miembros requeriría a largo plazo de un apoyo técnico y financiero a escala comunitaria. Entonces cundía en los Estados Miembros la preocupación por las posibles consecuencias negativas que podría traer la ampliación de 2004, vista en la UE-15 como un debilitamiento de la frontera exterior⁷⁴⁴, en particular en lo relativo a la inmigración irregular. Posteriormente, y en un contexto de ansiedad creciente por la seguridad tras los atentados terroristas del 11 de septiembre⁷⁴⁵, la Comisión resaltaba en una Comunicación⁷⁴⁶ de 2001 la necesidad de integrar todos los elementos propios de la gestión de la frontera exterior en una “estrategia coherente” cuya base estaría formada por una “guardia de fronteras europea”. Sin embargo, estos impulsos hacia un hipotético cuerpo europeo que respondiera a una lógica integradora se vieron contrarrestados por una postura de los Estados Miembros más favorable a la creación de mecanismos intergubernamentales de control de fronteras.

El fruto de esta tensión fue la aprobación en 2004 del Reglamento Frontex, por el que se creó la Agencia Frontex⁷⁴⁷. Bastante alejada de la idea inicial de crear una “policía” o “guardia” fronteriza europea, Frontex hace recaer la responsabilidad del control de las

⁷⁴² PE, Resolución de 3 de abril de 1998 sobre las repercusiones de la ampliación de la Unión Europea en lo que respecta a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, *DOCE C 138*, de 4 de mayo de 1998, pp. 214-217.

⁷⁴³ *Ibid.*, §19.

⁷⁴⁴ EKELUND, H., “The establishment of Frontex: a new institutional approach”, *International Journal of European Integration*, Vol. 36-2, 2014, p. 105.

⁷⁴⁵ CARRERA, S., “Towards a Common European Border Service?”, *CEPS Working Document no. 331/June 2010*, Centre for European Policy Studies, 2010, disponible en www.ceps.eu (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁴⁶ CE, COM(2001) 672 final, de 15 de noviembre de 2001.

⁷⁴⁷ Para un estudio completo de los orígenes de Frontex, *vid.* CARRERA, S., “Towards a Common European Border...”, *cit. supra*; EKELUND, H., “The establishment of Frontex...”, *cit. supra*; MONAR, J., “The Project of a European Border Guard: Origins, Models and Prospects in the Context of the EU’s Integrated External Border Management”, en CAPARI, M. & MARENIN, O. (eds.), *Borders and Security Governance. Managing Borders in a Globalised World*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Ginebra, 2006; NEAL, A.W., “Securitization and risk at the EU border: the origins of Frontex”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47-2, 2009, pp. 333-356; ACOSTA PENCO, M.T., “La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿un nuevo Frontex?”, *Revista de Estudios Europeos*, Vol. 71, 2018, pp. 86-101.

fronteras exteriores principalmente en los Estados Miembros⁷⁴⁸, configurándose desde su creación como el centro de una red formada por las autoridades nacionales encargadas de dicho control⁷⁴⁹. La efectividad de las medidas adoptadas en el marco de esta red sería garantizada mediante las funciones coordinadoras desempeñadas por Frontex. No obstante, en la práctica la cooperación de los Estados Miembros reviste una importancia fundamental para la Agencia; cooperación que no siempre obtiene.

3.2.2. *La Guardia Europea de Fronteras y Costas.*

En 2010, el Programa de Estocolmo⁷⁵⁰ del Consejo Europeo instó a la Comisión Europea a plantear un “debate sobre el desarrollo a largo plazo de Frontex”, el cual “debería incluir (...) la viabilidad de crear un sistema europeo de guardias de frontera” para, en definitiva, avanzar hacia la gestión integrada de las fronteras exteriores sin que ello impida “que las personas que tengan derecho a ello accedan a sistemas de protección, y en especial las personas y grupos en situaciones vulnerables⁷⁵¹”. Con este fin, la Comisión encargó un estudio⁷⁵² para evaluar la viabilidad de desarrollar un cuerpo único de guardias de frontera. Dicho estudio recomendaba que la guardia europea de fronteras se implementara en tres fases⁷⁵³. La primera de ellas consistiría en mejorar el funcionamiento de Frontex y reforzar la solidaridad entre Estados Miembros y su cooperación con la Unión mediante una optimización de los instrumentos legales ya existentes. La segunda, en transferir ciertas competencias de los Estados Miembros a Frontex de forma que la responsabilidad sobre el control de fronteras se repartiera entre aquéllos y la UE. Esta segunda fase requeriría de reformas en el CFS y el Reglamento de Frontex, en particular para reforzar la intervención de la Unión en áreas de la frontera exterior sometidas a una especial presión. Finalmente, la tercera fase implicaría la creación de una fuerza responsable en exclusiva del control de las fronteras exteriores con

⁷⁴⁸ EKELUND, H., “The establishment of Frontex...”, cit. supra, p. 101.

⁷⁴⁹ DE BRUYCKER, P., “The European Border and Coast Guard: a new model built on an old logic”, *European Papers*, Vol. 1-2, 2016, p. 561.

⁷⁵⁰ Programa de Estocolmo — una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *DOUE C 115*, de 4 de mayo de 2010, pp. 1-38.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁵² UNISYS, *Study on the Feasibility of the Creation of a European System of Border Guards to Control the External Borders of the Union — Final Report, version 3.00*, Comisión Europea, disponible en ec.europa.eu/dgs/home-affairs (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 21-37.

el fin de ofrecer respuestas uniformes, consistentes y sistemáticas a las necesidades de esta política común a un nivel europeo, lo cual exigiría una reforma de los Tratados.

La Agenda Europea de Migración de 2015 recoge estas ideas al incluir entre sus líneas de actuación futuras el avance hacia una gestión compartida de la frontera europea, lo que incluiría un sistema europeo de guardias de fronteras. Esta intención cristalizó meses después en el Reglamento 2016/1624, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁷⁵⁴ (en adelante, “Reglamento GEFC”), cuyo fin último es, de acuerdo con su exposición de motivos, “garantizar una aplicación efectiva de la gestión europea integrada de las fronteras” (§5) para así “supervisar eficazmente el cruce de las fronteras exteriores, hacer frente a los retos de la migración y a las posibles amenazas futuras en las fronteras exteriores, garantizar un nivel elevado de seguridad interior en la Unión, salvaguardar el funcionamiento del espacio Schengen y respetar el principio general de solidaridad” (§10). La gestión de fronteras se configura como una “responsabilidad compartida de la Agencia con las autoridades nacionales” (§6) responsables en este ámbito, por lo que, a pesar de denominarse Guardia Europea de Fronteras y Costas, cabría incluirla en la segunda fase del desarrollo de una gestión integrada⁷⁵⁵.

Tal y como señalan los profesores Carrera y Den Hertog⁷⁵⁶, supone una ampliación de Frontex -una especie de “Frontex+”, en la terminología empleada por estos autores- y no la creación de un cuerpo de fronteras europeo. A pesar de que según el artículo 1 del Reglamento GEFC se “crea una Guardia Europea de Fronteras y Costas”, lo cierto es que se trata de una denominación que induce a error, pues el artículo 3 define la GEFC como la suma de la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas -la cual no es otra que Frontex con distinto nombre de acuerdo con el Considerando 11- y las autoridades nacionales responsables de la gestión de fronteras, incluyendo los guardias de costas en la medida en que lleven a cabo tareas de control fronterizo. En definitiva, la

⁷⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) Núm. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) Núm. 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, *DOUE* L 251, de 16 de septiembre de 2016, pp. 1-76.

⁷⁵⁵ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Gestión integrada de fronteras, Frontex y derechos fundamentales...”, cit. *supra*, p. 391.

⁷⁵⁶ CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L., “A European Border and Coast Guard: What’s in a name?”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Vol. 88, 2016.

GEFC sería más bien una “ficción jurídica”⁷⁵⁷ que sustituye tanto a Frontex como a las autoridades nacionales para institucionalizar la responsabilidad compartida sobre la gestión de fronteras.

No obstante, admitir lo anterior no implica rechazar que la creación de la GEFC haya traído consigo algunos cambios importantes en la gestión de fronteras. En concreto, el artículo 4 del Reglamento GEFC define la gestión europea integrada de las fronteras listando los elementos que la conforman. Entre ellos destaca la inclusión de las operaciones de búsqueda y salvamento de personas (SAR, del inglés *search and rescue*). Se trata de una mejora sustancial respecto al anterior mandato de Frontex, que no mencionaba el rescate de personas. En un contexto en el que miles de personas pierden la vida en el mar Mediterráneo cada año, tal omisión resultaba injustificable desde cualquier punto de vista. Así, el artículo 4 recoge el guante ofrecido por el TJUE en su Sentencia sobre el asunto C-355⁷⁵⁸, en la cual consideraba las operaciones de SAR como un elemento esencial de la vigilancia en las fronteras marítimas exteriores. Sin embargo, sigue siendo insuficiente. El artículo 4 b) limita la gestión europea integrada de las fronteras a aquellas

“operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar, lanzadas y realizadas de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo y con el Derecho internacional, que tengan lugar en situaciones que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas”.

En otras palabras, incluye como parte de la gestión europea integrada de fronteras la respuesta a las situaciones de SAR que eventualmente ocurran en el marco de una operación de vigilancia, pero no la creación y despliegue de operaciones de SAR propiamente dichas. La mención al Reglamento 656/2014⁷⁵⁹ confirma esta conclusión en su artículo 1, pues su ámbito de aplicación abarca únicamente aquellas “operaciones de vigilancia de fronteras llevadas a cabo por los Estados Miembros en sus fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada” por Frontex.

⁷⁵⁷ DE BRUYCKER, P., “The European Border and Coast Guard...”, cit. supra, p. 564

⁷⁵⁸ Sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento/Consejo*, C-355, ECLI:EU:C:2012:516.

⁷⁵⁹ Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, *DOUE* L 189, de 27 de junio de 2014, pp. 93-107.

Por tanto, no parece que exista todavía una base jurídica suficiente en el Reglamento GEFC para desplegar una operación con fines puramente de SAR. Y ello a pesar de que el Derecho internacional⁷⁶⁰ -al cual hace referencia expresamente el artículo 4- obliga a los Estados a fomentar “la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea” y a cooperar “para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales”⁷⁶¹.

Con anterioridad a la aprobación del Reglamento GEFC y a falta de un mandato claro para desarrollar operaciones de SAR, Frontex ha coordinado en los últimos años operaciones de vigilancia marítima que, en la práctica, han venido desempeñando labores de SAR. Es el caso de *Tritón* y *Poseidón*, cuyos mandatos están dirigidos a prestar asistencia a Italia y Grecia en el control y vigilancia de los flujos migratorios irregulares en sus aguas⁷⁶². La Agenda Europea de Migración de 2015 incluyó entre sus medidas de aplicación inmediata triplicar el presupuesto de estas operaciones. Además, amplió por primera vez las competencias de una operación Frontex para incluir las tareas de SAR⁷⁶³, precediendo así al Reglamento GEFC. Como resultado del Reglamento GEFC, en 2018 Frontex desplegó la operación conjunta *Themis*, que sustituyó a *Tritón* y que incluye en su mandato las labores de búsqueda y rescate, pero siempre en el marco de las operaciones de vigilancia de fronteras y junto a otras muchas funciones como luchar contra el narcotráfico o descubrir vertidos contaminantes⁷⁶⁴. Actualmente, sigue sin existir una operación cuyo objetivo central y prioritario sea el salvamento marítimo.

Al igual que cualquier operación coordinada por Frontex, estas operaciones deben respetar los derechos fundamentales, en particular los contenidos en la Carta de Derechos

⁷⁶⁰ Para un estudio en profundidad de las normas de Derecho Internacional aplicables al SAR por parte de los Estados Miembros de la UE *vid.* PAPASTAVRIDIS, E., *The interception of vessels on the high seas : contemporary challenges to the legal order of the oceans*, Hart, Oxford, 2014; PAPASTAVRIDIS, E., “EUNAVFOR Operation *Sophia* and the International Law of the Sea”, *Maritime Safety and Security Law Journal*, Vol. 2, 2016, pp. 57-72; VACAS FERNÁNDEZ, F., “The European operations in the Mediterranean Sea to deal with migration as a symptom: from the Italian operation *Mare Nostrum* to Frontex operations *Triton* and *Posseidon*, EUNAVFOR-MED and NATO’s assistance in the Aegean Sea”, *The Spanish Yearbook of International Law*, vol. 20, 2016, pp. 93-117.

⁷⁶¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 98.

⁷⁶² VACAS FERNÁNDEZ, F., “The European operations in the Mediterranean Sea...”, *cit. supra*.

⁷⁶³ CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L., “A European Border and Coast Guard...”, *cit. supra*, p. 5.

⁷⁶⁴ Información disponible en el sitio web de Frontex. *Vid.* <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operation-themis-italy/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

Fundamentales, el Derecho internacional aplicable -incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967- y las obligaciones relacionadas con el acceso a la protección internacional, especialmente el principio de no devolución (artículo 34 Reglamento GEFC); el artículo 4.1 del Reglamento 656/2014 desarrolla este último, aclarando su aplicación concreta a las operaciones Frontex. Dicho artículo resulta interesante por mencionar la información sobre terceros países y las declaraciones de la persona como los criterios que deben ser tenidos en cuenta para analizar la adecuación al principio de *non refoulement* de la conducción, entrega o desembarco de una persona a un Estado determinado. No obstante, el secreto que suele rodear a los planes de las operaciones de Frontex no favorece que éstos garanticen apropiadamente los derechos fundamentales⁷⁶⁵.

3.2.3. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en la GEFC.

Conseguir una adecuada protección de los derechos fundamentales ha sido una preocupación constante desde la creación de Frontex. Sin embargo, no sería hasta 2011 que la agencia vería sus actividades expresamente limitadas por los derechos fundamentales, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho internacional⁷⁶⁶. Con anterioridad al Reglamento GEFC, las principales medidas adoptadas en este sentido fueron el desarrollo de una Estrategia de Derechos Fundamentales, la creación de un Foro Consultivo, la designación de un Agente de Derechos Fundamentales, la elaboración de Códigos de Conducta y la inclusión de una formación específica en derechos fundamentales para los agentes de las autoridades encargadas del control de fronteras. Todas estas medidas siguen presentes en el Reglamento GEFC, sumándose a ellas un nuevo mecanismo de denuncia que trata de paliar la indefensión jurídica de las personas afectadas por alguna actividad de Frontex.

El objetivo común de estos instrumentos es cumplir con el artículo 34 del Reglamento GEFC, según el cual la Guardia garantizará la protección de los derechos

⁷⁶⁵ SANTOS VARA, J.; SÁNCHEZ TABERNERO, S.R., “In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18-1, 2016, p. 82.

⁷⁶⁶ Reglamento (UE) No 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) no 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, *DOUE L 304*, de 22 de noviembre de 2011, pp. 1-17.

fundamentales en la realización de las tareas que le corresponden y en todas sus actividades. De acuerdo con el Preámbulo de la Estrategia de Derechos Fundamentales de Frontex, el respeto y el fomento de los derechos fundamentales son una parte esencial e incondicional de una gestión integrada de fronteras efectiva⁷⁶⁷. Para apoyar a la Agencia en la consecución de los objetivos marcados por la Estrategia, el Foro Consultivo y el agente de derechos fundamentales elaboran informes y desempeñan ciertas tareas de relevancia para los derechos fundamentales.

Por un lado, el Foro Consultivo asesora de manera independiente en derechos fundamentales al director ejecutivo y al consejo de administración de Frontex (art. 70.1). Sus miembros son elegidos por el consejo a propuesta del director ejecutivo, debiendo invitarse a participar organizaciones como la EASO, la FRA o el ACNUR, entre otras. Actualmente, además de por éstas, está integrado por representantes de organizaciones como el Consejo de Europa, el Comité Internacional de la Cruz Roja, Amnistía Internacional o la Organización Internacional de las Migraciones. Según el artículo 70.3 del Reglamento GEFC, el Foro deberá ser consultado sobre la aplicación de la Estrategia, el establecimiento del mecanismo de denuncia, los códigos de conducta y los programas de formación. Estos dos últimos instrumentos revisten cierto interés para las personas LGBTI.

En lo que respecta a los códigos de conducta, son aplicables a todas las operaciones coordinadas por la Agencia (art. 35.1 Reglamento GEFC) y hasta el momento se han elaborado dos: uno general para todas las personas participantes en operaciones coordinadas por Frontex y otro dedicado específicamente a las operaciones de retorno conjuntas⁷⁶⁸. A pesar de que ambos incluyen la obligación explícita de no discriminar a ninguna persona por motivo de su orientación sexual, no mencionan la identidad de género ni ninguna otra disposición permite conocer el compromiso de la Guardia con los derechos fundamentales de las personas LGBTI. En cuanto a la formación, la Agencia ha publicado un manual para asegurar su objetivo de que todo el personal que participe en los equipos de la GEFC haya recibido un entrenamiento específico en derechos

⁷⁶⁷ GEFC, *Frontex Fundamental Rights Strategy*, de 31 de marzo de 2011, disponible en <https://frontex.europa.eu> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁶⁸ Ambos disponibles en <https://frontex.europa.eu> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

fundamentales⁷⁶⁹. Este documento incluye un apartado dedicado a los riesgos del internamiento de personas LGBTI en el que prescribe la necesidad de buscar alternativas en caso de no poder asegurar su seguridad en las condiciones normales de detención, excluyendo expresamente el aislamiento como alternativa y tomando como referencia los Principios de Yogyakarta⁷⁷⁰. Se trata de un enfoque más específico y positivo, aunque no tenga en consideración a las personas LGBTI en otras cuestiones esenciales -como, por ejemplo, al explicar la necesidad de adoptar una perspectiva de género durante las operaciones de control de fronteras⁷⁷¹-.

Por otro lado, el agente de derechos fundamentales es designada directamente por el consejo de administración (art. 71.1), y entre sus funciones se encuentran algunas muy relevantes para el mecanismo de denuncia introducido por el artículo 72 del Reglamento GEFC. Dicho mecanismo se encuentra regulado, además de por este artículo, por una Decisión del director ejecutivo de Frontex⁷⁷², en cuyo Anexo I se detallan ciertas cuestiones del procedimiento no incluidas en el Reglamento GEFC. Según el artículo 1 del Anexo, el mecanismo de denuncia es un procedimiento administrativo cuyo fin es garantizar y supervisar el respeto de los derechos fundamentales en todas las actividades de la Agencia.

Cualquier persona afectada por las acciones del personal participante en una operación conjunta, un proyecto piloto, una intervención fronteriza rápida, el despliegue de un equipo de apoyo a la gestión de la migración o una operación o intervención de retorno, así como cualquier tercero que la represente, si considera que esas actividades han violado sus derechos fundamentales (art. 72.2 Reglamento GEFC). La denuncia debe ser formulada por escrito, pudiendo realizarse mediante el formulario oficial previsto para ello, que debe estar disponible en las lenguas que los nacionales de terceros países entienden más habitualmente o se espere razonablemente que entiendan (art. 5.1

⁷⁶⁹ GEFC, *Fundamental rights training for border guards*, Varsovia, 2013, disponible en https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Training/Fundamental_Rights_Training_for_Border_Guards_1.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁷⁰ *Ibid.*, pp. 128-131.

⁷⁷¹ *Ibid.*, pp. 99-100.

⁷⁷² GEFC, *Decision of the Executive Director, No. R-ED-2016-106, on the Complaints Mechanism*, de 6 de octubre de 2016.

Anexo)⁷⁷³. Estos formularios deben ser fácilmente accesibles -también para las personas vulnerables- tanto en el sitio web como en formato papel durante las actividades de la Agencia (art. 72.10 Reglamento GEFC). La gestión de las denuncias recibidas corresponde al Agente de Derechos Fundamentales (art. 72.4 Reglamento GEFC), designado directamente por el Consejo de Administración (art. 71.1.), y desempeña una función vital para la efectividad del procedimiento: examinar la admisibilidad de las denuncias presentadas.

El Reglamento GEFC no establece los elementos que debe reunir una denuncia para ser admitida, sino que tal extremo ha sido regulado por el artículo 8 del Anexo I de la Decisión del director ejecutivo. A nuestro juicio, este artículo resulta problemático por varias razones. En primer lugar, porque una decisión tan relevante para el éxito o fracaso de la denuncia debería encontrar su fundamento jurídico en el Reglamento GEFC, y no en una Decisión de un órgano administrativo. En segundo lugar, porque algunos de los requisitos de admisibilidad son peligrosamente ambiguos. En concreto el previsto en el artículo 8.1 ii), de acuerdo con el cual una denuncia no será admisible si es “manifiestamente excesiva, repetitiva, frívola o maliciosa”, sin aportar ninguna definición que aclare estos términos. Finalmente, en caso de que el agente de derechos fundamentales considere inadmisibile una denuncia, deberá comunicar su decisión por escrito al denunciante, informándole de los motivos y de otras posibles alternativas a las que pueda recurrir (art. 72.5 Reglamento GEFC); de la misma forma se comunicarán las decisiones que admitan una denuncia. Sin embargo, ni el Reglamento ni el Anexo I aclaran en qué idioma deberán redactarse o traducirse estas decisiones.

Una vez admitida una denuncia, el agente de derechos fundamentales la envía para su examen al director ejecutivo o al punto de contacto nacional, según la denuncia se base en acciones llevadas a cabo por personal de la Agencia o de un Estado Miembro, respectivamente. En ambos casos se ha criticado la potencial falta de imparcialidad del examen, derivada de que el director ejecutivo no es independiente de la Agencia, de que

⁷⁷³ A septiembre de 2019, la página web del mecanismo de denuncia dispone de formularios en español, francés e inglés, así como en albanés, árabe, farsi, pastún, ruso, serbio, tigrina y urdu. La elección de estos idiomas responde al alto porcentaje de ciudadanos albaneses, araboparlantes, kosovares, rusos, afganos, eritreos o pakistaníes entre las personas que cada año tratan de entrar irregularmente en la Unión Europea. Quizá por estas mismas razones sería recomendable la publicación de formularios en bengalí o somalí. *Vid.* <https://frontex.europa.eu/contact/lodge-a-complaint/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

por supuesto tampoco los Estados Miembros lo sean⁷⁷⁴. A pesar de que el artículo 68.1 del Reglamento GEFC declara que el director ejecutivo será “totalmente independiente en el desempeño de sus funciones”, lo cierto es que debe responder de sus actos ante el consejo de administración de Frontex (art. 68.4 Reglamento GEFC), formado por representantes de los Estados Miembros y la Comisión (art. 63 Reglamento GEFC) y capacitado para destituirlo a propuesta de esta última (art. 69.2 Reglamento GEFC). Una posible solución sería reforzar el mandato de el agente de derechos fundamentales para permitirle llevar la investigación de las denuncias y ejecutar las medidas adoptadas en consecuencia⁷⁷⁵. Sin embargo, el diseño del mecanismo parece reflejar una preocupación mayor por depurar la responsabilidad disciplinaria del personal que cometió la vulneración que por determinar la responsabilidad institucional del Estado o la Agencia⁷⁷⁶.

Otro problema del mecanismo de denuncias deriva de que no esté previsto ni en el Reglamento ni en la Decisión recurso alguno en el caso de que una denuncia no sea admitida, de que el denunciante no esté de acuerdo con la decisión final o de que las medidas adoptadas no sean cumplidas. Esta ausencia genera una gran inseguridad jurídica que hace peligrar la eficacia del mecanismo⁷⁷⁷ e impide el acceso a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁷⁷⁸. Santos Vara plantea la posibilidad de presentar un recurso de anulación en virtud del

⁷⁷⁴ PEERS, S., “The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees’ Expense?”, *EU Law Analysis*, 16 de diciembre de 2015, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/12/the-reform-of-frontex-saving-schengen.html> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); FERNÁNDEZ ROJO, D., “Creación de una Guardia Europea de Fronteras y Costas: breve análisis de la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2015”, *European Papers*, Vol. 1-1, 2016, p. 211.

⁷⁷⁵ FERNÁNDEZ ROJO, D., “Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?”, en SALINAS DE FRÍAS, A.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., (dir.); SÁNCHEZ FRÍAS, A.; PEÑA DÍAZ, F., (coord.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 429.

⁷⁷⁶ RIJPMMA, J., *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management*, LIBE Committee of the European Parliament, 2016, p. 30; FINK, M., *Frontex and human rights: responsibility in ‘multi-actor situations’ under the ECHR and EU public liability law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 75.

⁷⁷⁷ SOLER GARCÍA, C., “La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 34, 2017, p. 37.

⁷⁷⁸ GUILD, E.; BROUWER, E.; GROENENDIJK, K.; CARRERA, S., “What is happening to the Schengen borders?”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Núm. 86, 2015, p. 21.

artículo 263 TFUE, si bien advierte sobre los restrictivos criterios del Tribunal de Justicia respecto del acceso a su jurisdicción⁷⁷⁹.

Sin embargo, el nuevo Reglamento GEFC propuesto por la Comisión⁷⁸⁰ no tiene en cuenta estas críticas, dejando igual el mecanismo de denuncias. El Parlamento Europeo, en su informe sobre dicha propuesta, ha introducido varias enmiendas dirigidas a mejorar las garantías de los denunciantes. Entre ellas, la obligación de la Agencia de diseñar un procedimiento específico para las denuncias que sean declaradas inadmisibles o infundadas, de reabrir una denuncia si se presentan pruebas nuevas o de facilitar el acceso al mecanismo incluso a través de aplicaciones móviles⁷⁸¹.

En cualquier caso, las actuaciones en materia de control de fronteras deben respetar la jurisprudencia del TEDH. En particular, la derivada del importantísimo caso *Hirsi Jamaa*, en el cual Italia fue condenada por el TEDH por, entre otras vulneraciones, desembarcar a las personas migrantes interceptadas en Libia en el marco de ciertos acuerdos bilaterales firmados entre ambos Estados, a pesar de que las autoridades italianas sabían, o deberían haber sabido que tal acción exponía a las personas a tratos contrarios al Convenio y no recibirían protección alguna en ese país (§131). El TEDH llegó a esta conclusión gracias a la información sobre la situación en Libia que podía extraerse de una multitud de fuentes, en particular a los informes elaborados por organizaciones dedicadas a la protección de los derechos humanos y por autoridades gubernamentales (§118)⁷⁸². En este sentido, el artículo 4 del Reglamento 656/2014 prohíbe expresamente el desembarco de las personas interceptadas en un tercer país cuando las autoridades del Estado Miembro “sepan o deban saber” que no se trata de un lugar seguro tras haber evaluado la situación

⁷⁷⁹ SANTOS VARA, J., “La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de fronteras?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 59, 2018, pp. 180-181.

⁷⁸⁰ CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM/2018/631 final/2, de 12 de septiembre de 2018.

⁷⁸¹ PE, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2018)0631 – C8-0406/2018 – 2018/0330A(COD)).

⁷⁸² *Chahal v. the United Kingdom*, 15 de noviembre de 1996, §99-100, Reports of Judgments and Decisions 1996-V; *Müslim v. Turkey*, Núm. 53566/99, §67, 26 de abril de 2005; *X v. Sweden*, Núm. 36417/16, §48, 9 de enero de 2018.

general imperante en dicho país a partir de la información emanada de una amplia gama de fuentes. Dicho desembarco debe producirse siempre en un “lugar seguro”, lo que, de acuerdo con su artículo 2, apartado 12), quiere decir aquél en el que la seguridad de la vida de las personas no se encuentra amenazada, donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas y, en particular, donde sus derechos fundamentales se encuentran protegidos de conformidad con el principio de no devolución.

Uno de los grandes avances que supuso la sentencia *Hirsi Jamaa* está relacionado con el ámbito de aplicación del CEDH. De acuerdo con su artículo 1, los Estados parte deben reconocer los derechos contenidos en el CEDH “a toda persona dependiente de su jurisdicción”. El concepto de jurisdicción del TEDH ha estado tradicionalmente vinculado de forma esencial al territorio de los Estados, por lo que únicamente se admitiría su aplicación extraterritorial en casos excepcionales⁷⁸³. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha evolucionado paulatinamente⁷⁸⁴ hacia admitir la aplicación del CEDH cuando un Estado ejerza su jurisdicción de facto sobre una persona -por ejemplo, cuando somete a una persona a su control pleno y exclusivo de manera continuada e ininterrumpida⁷⁸⁵- sin necesidad de que la ejerza de jure. En *Hirsi Jamaa*, en el que los hechos sucedieron en alta mar, el Tribunal consagra este principio al sentenciar que:

“cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo” (§74)

En *Hirsi Jamaa* se da además la circunstancia de que los recurrentes se encontraban en todo momento en buques con pabellón italiano. Por este motivo, y de acuerdo con el artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no sólo estaban bajo control de facto de las autoridades italianas sino también de jure sometidos

⁷⁸³ *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], Núm. 52207/99, §59-61, ECHR 2001-XII.

⁷⁸⁴ Para un estudio profundo de la evolución del alcance extraterritorial de la jurisdicción en la jurisprudencia del TEDH *vid.* SALINAS DE FRÍAS, A., “Extraterritorial application of the ECHR: a relevant contribution of regionalism to peace and security?”, *ESIL Conference Paper Series*, Vol. 2-1, 2012, pp. 1-20; KIM, S., “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: State sovereignty and migration controls at sea in the European context”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 49-70.

⁷⁸⁵ *Medvedyev and Others v. France* [GC], Núm. 3394/03, §67, ECHR 2010.

a su jurisdicción de manera continua y exclusiva⁷⁸⁶. Por tanto, parece que a una mayor autoridad ejercida de jure, menor será el esfuerzo probatorio necesario para demostrar un control de facto⁷⁸⁷.

Sin embargo, el asunto *Hirsi Jamaa*, al centrarse en unos hechos ocurridos en alta mar, no resuelve claramente una cuestión de gran relevancia para la realidad actual de la gestión de fronteras: ¿sería aplicable el CEDH a las actuaciones realizadas por los Estados parte en el territorio de terceros países? En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa, siempre y cuando quede establecido que el Estado parte en el CEDH ejerce su jurisdicción de facto. El TEDH se ha pronunciado recientemente en este sentido en el asunto *N.D. y N.T.*⁷⁸⁸. El origen de este caso se encuentra en sendas demandas presentadas por un nacional maliense y otro marfileño contra España. Los demandantes consideraban que el Estado español había vulnerado los artículos 3 y 13 del CEDH y el artículo 4 del Protocolo 4 al ser expulsados por la Guardia Civil hacia territorio marroquí inmediatamente después de ser detenidos al saltar una de las vallas del muro de Melilla, una práctica conocida popularmente como “devoluciones en caliente”. Con el fin de evitar la aplicación del CEDH, el Gobierno español alegó que los hechos se habían producido fuera de la jurisdicción de España ya que, de acuerdo con la normativa de este país, los demandantes no habrían logrado entrar en su territorio⁷⁸⁹ (§44). Sin embargo, el TEDH desecha este argumento remitiéndose a su sentencia sobre el asunto *Hirsi Jamaa* para concluir que:

“no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado. Se limita a recordar, tal como ya lo ha dejado asentado en el pasado, que desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control de jure ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (...) En opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas

⁷⁸⁶ *Hirsi Jamaa*, §81.

⁷⁸⁷ MORENO-LAX, V., “*Hirsi Jamaa and others v Italy* or the Strasbourg Court versus extraterritorial migration control?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12-3, 2012, p. 582.

⁷⁸⁸ *N.D. and N.T. v. Spain*, Núm. 8675/15 y 8697/15, 3 de octubre de 2017

⁷⁸⁹ De acuerdo con el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014, la entrada en territorio nacional no se produciría de manera efectiva hasta que la persona ha superado la valla interior (*N.D. & N.T.*, §17).

fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas” (§54)⁷⁹⁰

Por tanto, entendemos que la jurisprudencia del TEDH establece que el Estado habrá ejercido su jurisdicción a efectos del artículo 1 CEDH cuando haya mantenido un control continuo y exclusivo, al menos, de facto, sobre las personas, con independencia del territorio en que se encuentren. Tal conclusión obedece a la necesidad de que los Estados no puedan perpetrar impunemente fuera de su territorio actos que estén prohibidos en el interior⁷⁹¹.

4. TERCER PILAR: “EL DEBER DE PROTECCIÓN QUE INCUMBE A EUROPA — UNA POLÍTICA COMÚN DE ASILO SÓLIDA”

Desde el Programa de Tampere⁷⁹², la primera hoja de ruta de la Unión Europea hacia una política migratoria y de asilo común⁷⁹³, la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que implicara la adopción de normas comunes en el procedimiento de asilo, las condiciones mínimas para otorgar el estatuto de refugiado, el contenido de dicho estatuto y la creación de formas de protección subsidiarias ha sido uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea en esta materia. Actualmente, el SECA se incluye en el marco jurídico del artículo 78 TFUE. Dicho precepto establece como objetivos básicos de la política de asilo común ofrecer un estatuto apropiado a los nacionales de terceros países que necesiten protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución. En este sentido, debe construirse un SECA basado en unos estatutos uniformes de asilo y de protección subsidiaria, un sistema de respuesta común para la protección temporal en caso de afluencia masiva, procedimientos comunes para la concesión del asilo y la determinación del Estado responsable de su tramitación, normas relativas a las condiciones de acogida y, finalmente, la asociación y cooperación

⁷⁹⁰ Fragmento extraído de la traducción al español realizada por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado de España, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁷⁹¹ SALINAS DE FRÍAS, A., “Extraterritorial application of the ECHR...”, p. 18.

⁷⁹² Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

⁷⁹³ CARRERA, S., ‘The Impact of the Treaty of Lisbon over EU Policies on Migration, Asylum and Borders: The Struggles over the Ownership of the Stockholm Programme’, en GUILD, E., and MINDERHOUD, P., (eds.) *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe...* cit. supra, p. 235.

con terceros países para la mejor gestión de los flujos de personas que solicitan protección internacional.

A partir del artículo 78 TFUE, el SECA se ha estructurado en torno a dos ejes. De un lado, un estatuto armonizado de protección internacional, consagrado en la llamada Directiva de reconocimiento⁷⁹⁴. De otro, la creación de procedimientos comunes para la solicitud de asilo: el procedimiento de determinación del Estado Miembro responsable de tramitar la solicitud de asilo, previsto en el Reglamento de Dublín⁷⁹⁵, y el procedimiento de concesión de la protección internacional, regulado en dos Directivas: la Directiva de procedimientos⁷⁹⁶ y la Directiva de acogida⁷⁹⁷. Existe además un sistema de respuesta a crisis de afluencia masiva de solicitantes de asilo basado en dotar a los mismos de una protección temporal⁷⁹⁸, si bien no se ha puesto en práctica.

No parece que el objetivo de crear un SECA verdaderamente europeo y común hubiera sido alcanzado con anterioridad a la Agenda Europea de Migración. Así lo muestran los grandes desequilibrios que se producen en la práctica. Es destacable que tres Estados Miembros (Alemania, Suecia e Italia) recibieran en 2014 más de la mitad de las solicitudes de asilo en la Unión Europea, habiendo atendido España únicamente el 0,95%⁷⁹⁹. Estas diferencias también se trasladaron a la concesión de las solicitudes de protección internacional. La frontera sudoriental de la Unión Europea presentó una

⁷⁹⁴ 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* L 337, de 20 de diciembre de 2011, pp. 9-26, (“Directiva de reconocimiento”).

⁷⁹⁵ Reglamento (UE) Núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o apátrida, *DOUE* L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 31-59 (“Reglamento de Dublín”).

⁷⁹⁶ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, *DOUE* L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 60-95 (“Directiva de procedimientos”).

⁷⁹⁷ 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 solicitantes de protección internacional, *DOUE* L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 96-116 (“Directiva de acogida”).

⁷⁹⁸ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados Miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DOUE* L 212, de 7 de agosto de 2001, pp. 12-23.

⁷⁹⁹ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: informe 2015*, cit. supra p. 48

situación especialmente desproporcionada, sobre todo si se tiene en cuenta que por ella discurre un mismo flujo migratorio formado en gran medida por sirios, iraquíes y afganos. Así, mientras Bulgaria aceptó el 94% de las solicitudes de asilo presentadas y Chipre, el 76%, Grecia tan sólo concedió el 15%, y Hungría, apenas el 8%⁸⁰⁰. Otra muestra de la falta de un SECA real es la insolidaridad con que los Estados Miembros gestionan sus flujos migratorios y de asilo⁸⁰¹, la cual ya se hizo evidente en la discusión surgida entre Italia y Francia en 2011⁸⁰² y explotó en 2015. Y ello sin olvidar las divergencias interpretativas y de implementación de la normativa del SECA, como en el caso de los daños graves en la protección subsidiaria, o la falta de aplicación de instrumentos que podrían ser útiles, como ocurre con la Directiva de concesión de la protección internacional en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Es precisamente en la política común de asilo donde la Agenda se muestra más ambiciosa *a priori*. La Comisión no se limita a plantear medidas urgentes con las que responder a la crisis de refugiados -principalmente, las provisionales adoptadas a través del art. 78.3 TFUE: la reubicación y el reasentamiento-, sino que va más allá, al avanzar reformas más profundas del Sistema Europeo Común de Asilo, siendo especialmente destacables las propuestas destinadas a reformar el Reglamento de Dublín para incorporar un sistema permanente y automático de asignación, y las dirigidas a crear una Lista Europea de países de origen seguros. Sin embargo, tal y como la propia Comisión admite en su Comunicación de 2017 sobre el cumplimiento de la Agenda, los avances en esta área han sido escasos. En concreto, ninguna de las propuestas de reforma de los instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo presentadas por la Comisión ha sido aprobada de momento. Por otro lado, sí parece haberse progresado en el cumplimiento de una de las propuestas a la vez más ambiciosas pero también más decepcionantes de la Agenda -el mecanismo de reubicación de emergencia-, si bien con un alto coste político: el desarrollo de mecanismos de reubicación de emergencia.

⁸⁰⁰EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2014*, julio de 2015, p. 25 disponible en <https://easo.europa.eu/wp-content/uploads/EASO-Annual-Report-2014.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁰¹ LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “El sistema europeo común de asilo a examen”, en REIG FABADÓ, I. *Libertad de circulación, asilo y refugio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 41-68.

⁸⁰² DE LUCAS MARTÍN, J., “Doble rasero humanitario: Túnez, Libia”, en RAMÓN CHORNET, C., *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las sanciones del Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 122.

4.1. Mecanismos de reubicación de emergencia.

Siguiendo la solicitud formulada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 29 de abril, y ante la enorme presión sufrida por los sistemas de asilo de los Estados Miembros de primera línea, la Comisión opta por aplicar el artículo 78.3 TFUE para diseñar un mecanismo de respuesta a emergencias basado en la reubicación, redistribuyendo de forma temporal a las personas que manifiestamente necesiten de protección internacional. El Anexo de la Agenda contiene una clave de reparto teniendo en cuenta la capacidad de los Estados para acoger e integrar a los refugiados, basándose en el tamaño de la población, el PIB total, el número medio de solicitudes de asilo espontáneas y el número de refugiados reasentados por millón de habitantes durante el periodo 2010-2014, y la tasa de desempleo.

Este mecanismo tomó forma con la Propuesta de Decisión del Consejo⁸⁰³, presentada por la Comisión el 27 de mayo de 2015. En ella se diseña un sistema de redistribución con las siguientes características. En primer lugar es un mecanismo *vinculante*, en tanto que se propone su adopción a través de una Decisión del Consejo dirigida a todos los Estados Miembros, y de carácter *provisional*, pues el artículo 78.3 TFUE sólo está previsto para respuestas temporales a situaciones de emergencia concretas. Además, está limitado *geográficamente*, ya que únicamente se aplica a las solicitudes que, en aplicación del vigente Reglamento de Dublín, serían examinadas por Italia y Grecia (art. 3.1 de la Propuesta).

También lo está *personalmente*, al afectar sólo a los solicitantes de nacionalidades para las que, según los últimos datos de Eurostat disponibles a escala UE, la proporción de resoluciones de concesión de protección internacional sea igual o superior al 75% (art. 3.2), es decir, a aquéllos considerados como especialmente necesitados de protección internacional -la Comisión se refiere expresamente a refugiados sirios y eritreos, pero también incluiría a los iraquíes-. Tal limitación plantea, a nuestro juicio, problemas en lo que se refiere a nacionalidades que no alcanzan ese porcentaje debido a las disparidades estructurales entre los sistemas de asilo de los distintos Estados Miembros. Es el caso, por ejemplo, de los solicitantes de protección internacional afganos, para los cuales la

⁸⁰³ CE, Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia, COM(2015) 286 final, de 27 de mayo de 2015.

ratio de concesión variaba en 2014 desde el 20 al 95% según el Estado Miembro que tramitara su solicitud⁸⁰⁴. En Comunicaciones posteriores⁸⁰⁵ la Comisión extendió el ámbito personal del sistema de reubicación de emergencia a solicitantes de otras nacionalidades en función del porcentaje de resoluciones positivas al asilo, incluyendo - además de a iraquíes, sirios y eritreos- a nacionales de Bahreín, Burundi, Costa Rica, Maldivas, República Centroafricana, San Vicente y las Granadinas y los territorios británicos de ultramar. Al depender de los últimos datos proporcionados por Eurostat, la lista de nacionalidades elegibles se actualiza periódicamente, lo que genera inseguridad jurídica al existir Estados que tras sucesivas actualizaciones han entrado y salido de la lista -caso de Yemen-.

Finalmente, se limita *temporalmente* a las solicitudes presentadas desde un mes antes de la eventual entrada en vigor de la Decisión hasta dos años después de la misma -es decir, hasta el 26 de septiembre de 2017-. El procedimiento de reubicación afectaría a 40.000 solicitantes, 24.000 procedentes de Italia y 16.000 desde Grecia (art. 4), los cuales serían designados por estos Estados (art. 5). Se trata, en definitiva, de suspender - o “derogar temporalmente”⁸⁰⁶- la aplicación del Reglamento de Dublín en lo que respecta a atribuir la responsabilidad en el examen de una solicitud de asilo al Estado Miembro a través del cual el solicitante accedió al territorio de la Unión Europea -no del resto de criterios contenidos en el Reglamento-, siempre que pueda subsumirse en el ámbito de aplicación establecido en la Propuesta.

Sería ingenuo esperar que los Estados Miembros acogieran una medida de tal calado sin oponer resistencia. Las primeras reacciones no se hicieron esperar, y ya en los días posteriores a la presentación de la Agenda Europea de Migración varios Estados Miembros manifestaron posturas contrarias al sistema de cuotas propuesto en la misma. Así, el entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación español, José Manuel García Margallo, declaró su disconformidad con los criterios seguidos por la Comisión

⁸⁰⁴ EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2014*, cit. supra, p. 27.

⁸⁰⁵ CE, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: First report on relocation and resettlement*, COM(2016) 165 final, de 16 de marzo de 2016.

⁸⁰⁶ NASCIBENE, B., “Refugees, the European Union and the ‘Dublin system’. The reasons for a crisis”, *European Papers*, Vol. 1-1, 2016, p. 106.

en el reparto⁸⁰⁷; en particular, con la a su juicio escasa importancia dada al desempleo y, sorprendentemente⁸⁰⁸, a los esfuerzos realizados por España en la acogida de refugiados en los años anteriores. Por otro lado, el Primer Ministro francés en ese momento, Manuel Valls, rechazaba la redistribución por cuotas al entender que Francia “ya ha hecho mucho” por haber acogido a 9.500 refugiados sirios e iraquíes desde 2012⁸⁰⁹, cifras en todo caso minúsculas en comparación con las de los Estados vecinos de Líbano y Jordania.

La propuesta fue discutida en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 15 y 16 de junio de 2015. Sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo sobre su aprobación, pues ciertos Estados se opusieron a que se tratase de un sistema obligatorio⁸¹⁰. La declaración resultante⁸¹¹ deja entrever las acusaciones intercambiadas en la reunión. Por ejemplo, la afirmación de que “varias delegaciones insistieron en la necesidad de conseguir el correcto equilibrio entre solidaridad y responsabilidad”⁸¹². El Consejo Europeo de 25 y 26 de junio, en ejercicio del papel de impulso político de la UE que le atribuyen los Tratados, acordó reubicar a 40.000 personas en el plazo de dos años, instando al Consejo a que consensuara una Decisión al efecto⁸¹³. Poco después, Hungría anunció su decisión de suspender la aplicación del Reglamento de Dublín, por lo que no

⁸⁰⁷ “Margallo reprocha a los países del norte que no se impliquen en la acogida de refugiados”, *El Confidencial* de 19 de mayo de 2015, disponible en http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-05-19/margallo-cuota-refugiados-paises-del-norte_826650/; “España se escuda en el paro para renegar de su cuota de refugiados políticos”, *La Vanguardia* de 18 de mayo de 2015, disponible en <http://www.lavanguardia.com/politica/20150518/54431701468/espana-escuda-paro-renegar-cuota-refugiados-politicos.html> (consultados por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁰⁸ La sorpresa viene justificada por las poquísimas solicitudes de asilo resueltas favorablemente por España en proporción al conjunto de la Unión Europea entre 2014 y 2018: apenas el 0,4% en 2018, frente al 32% de Alemania, el 16,3% de Francia o el 9,7% de Grecia. *Vid.* EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2018*, 2019, p. 210.

⁸⁰⁹ “France opposes EU migrant quotas”, *EUObserver* de 18 de mayo de 2015, disponible en <https://euobserver.com/political/128730> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸¹⁰ “Mediterranean migrants: EU split over quota plan”, *BBC NEWS* de 16 de junio de 2015, disponible en <http://www.bbc.com/news/world-europe-33144575> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸¹¹ Outcome of the Council meeting — 3369th Council meeting: Justice and Home Affairs, de 15 y 16 de junio de 2015.

⁸¹² “Several delegations stressed the necessity to strike the right balance between solidarity and responsibility”, probablemente haciendo referencia a las acusaciones a Estados Miembros como Italia o Grecia de no haber impedido a los solicitantes de asilo que se encontraban en su territorio atravesar la frontera hacia otros Estados Miembros.

⁸¹³ Conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015, cit. supra, Conclusión 4.

aceptaría ninguna transferencia⁸¹⁴. Aunque el Reglamento de Dublín permite que un Estado Miembro examine las solicitudes de asilo de las que sea responsable otro, no autoriza a rechazar de manera unilateral la responsabilidad en virtud de los criterios que prevé, de ahí que el gobierno de Hungría se retractara al día siguiente.

En este contexto, en el que la división entre los Estados Miembros era ya palpable, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 20 de julio de 2015 acordó un texto provisional⁸¹⁵ en el que acuerda la reubicación de 40.000 personas. No obstante, se trata únicamente de un compromiso a dos años y en el que tan solo se ha conseguido pactar la reubicación de 32.256 personas. Como puede comprobarse en el Anexo de la Declaración posterior⁸¹⁶, Austria y Hungría no recibirían ningún solicitante, mientras que otros Estados Miembros como España lo harían por debajo de los propuestos por la Comisión Europea, al tiempo que Alemania asumía una cuota mucho mayor que la prevista en la Agenda e Irlanda decidía acoger a 600 de forma voluntaria; por el contrario, Dinamarca y Reino Unido ejercieron su derecho a no participar. La razón de tal diferencia entre lo propuesto -y contemplado en la eventual Decisión- y lo efectivamente comprometido estriba en que únicamente pudo alcanzarse un acuerdo permitiendo a los Estados Miembros que ofertaran el número de plazas que estaban dispuestos a asumir.

Tal y como prevé el artículo 78.3 TFUE, se precisaba un dictamen consultivo del Parlamento Europeo sobre la propuesta inicial. La resolución aprobada por esta institución incluye una larga lista de enmiendas⁸¹⁷. Entre ellas, aumentar el número de personas reubicadas a 110.000; considerar el consentimiento y las preferencias del solicitante de asilo como criterios para la determinación del Estado en el que será reubicado; resaltar el carácter vinculante de la Decisión; o un Anexo que recoja

⁸¹⁴ “Hungría suspende de forma unilateral una normativa europea sobre refugiados”, *El Mundo* de 23 de junio de 2015, disponible en

<http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/23/558998a822601d44448b4594.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸¹⁵ Proposal for a Council Decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece — General Approach by the Council, 11132/15 ASIM 64, de 24 de julio de 2015.

⁸¹⁶ Outcome of the Council meeting — 3405th Council meeting: Justice and Home Affairs, de 20 de julio de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/jha/2015/07/20/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸¹⁷ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2015, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia.

esquemáticamente el procedimiento de reubicación. Además, la Resolución incorporaba como Anexo una declaración del Parlamento acerca de la conveniencia de adoptar un sistema de reubicación permanente basado en el artículo 78.2 TFUE. La Decisión que finalmente entró en vigor no tuvo en cuenta estas enmiendas, siendo en esencia idéntica al texto acordado el 20 de julio por el Consejo⁸¹⁸.

La sesión parlamentaria estuvo precedida por varios sucesos de especial gravedad. El 27 de agosto, la policía austriaca encontró en un camión frigorífico los cuerpos de 71 personas de nacionalidad siria, los cuales habrían fallecido asfixiados en un viaje organizado por traficantes de personas. Días después, la imagen del cadáver del niño Aylan, aparecido en una playa turca tras naufragar la patera en la que trataba de alcanzar con su familia la isla de Kox, conmocionó a los europeos⁸¹⁹. Estos hechos, unidos a la crisis humanitaria en los Estados por los que discurre la llamada ruta migratoria de los Balcanes, que conecta Grecia con Hungría -principalmente, Macedonia y Serbia-, influyeron decisivamente en la postura de ciertos Estados Miembros hasta entonces reticentes a la imposición de cuotas de reubicación -particularmente, España-, si bien el llamado Grupo de Visegrado o V4 (formado por Hungría, República Checa, Eslovaquia y Polonia), siguió rechazando con dureza las cuotas obligatorias⁸²⁰.

El agravamiento de la crisis de refugiados durante el verano motivó además que la Comisión presentara el 9 de septiembre un nuevo paquete de medidas; entre ellas, la activación por segunda vez del art. 78.3 para proceder a la reubicación de 120.000 personas: 50.400 desde Grecia, 15.600 desde Italia y otras 50.400 desde Hungría. La propuesta llegó en un momento en el que la ruptura entre la Europa Occidental y la Oriental por la respuesta a la crisis de los refugiados ya era contemplada como una

⁸¹⁸ Decisión (UE) 2015/1523, del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia, *DOUE* L 239, de 15 de septiembre de 2015, p. 146.

⁸¹⁹ Una tragedia repetida en otras costas europeas como las de Barbate, en la provincia española de Cádiz. *Vid.* “El naufragio del niño Samuel”, *El Mundo* de 7 de febrero de 2017, disponible en <http://www.elmundo.es/cronica/2017/02/05/5895a3b3468aeb02668b4641.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

⁸²⁰ “Pressure builds on Eastern Europe to accept refugee quotas”, *EurActiv* de 10 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.euractiv.com/sections/future-eu/pressure-builds-eastern-europe-accept-refugee-quotas-317535> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

verdadera amenaza para la supervivencia del proyecto europeo⁸²¹. En consecuencia, la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 14 de septiembre -en la que se adoptó definitivamente la Decisión por la que se acordaba la reubicación de 40.000 personas- finalizó sin compromiso alguno sobre esta nueva propuesta. Así podía deducirse de las Conclusiones del Presidente Jean Asselborn⁸²², que consideraban la cifra propuesta por la Comisión como “la base para un acuerdo”.

Uno de los puntos de fricción más importantes fue la inclusión de Hungría entre los beneficiarios de la Decisión, a lo que se opuso la propia Hungría, que rechazaría ser considerado un Estado de primera línea⁸²³ -como lo son Italia y Grecia-. De ahí que la decisión finalmente adoptada excluyera a este Estado Miembro⁸²⁴, estableciendo que los 54.000 solicitantes de asilo que se proponían reubicar desde Hungría lo fueran en su lugar o bien desde Grecia e Italia (art. 4.1 c) y 4.2), o bien desde otro Estado Miembro que se encontrara en una situación de emergencia debido a la afluencia masiva y repentina de solicitantes de asilo (art. 4.3). En cuanto a los 50.400 solicitantes de Grecia y los 15.600 de Italia, la nueva decisión incorpora dos Anexos en los que asigna a cada Estado Miembro un número obligatorio de solicitantes que serán reubicados. La imposición de cuotas vinculantes suponía una línea roja para ciertos Estados, por lo que la decisión fue adoptada con el voto en contra de Rumanía, República Checa, Hungría y Eslovaquia⁸²⁵. Estos dos últimos Estados han presentado en diciembre de 2015 sendos recursos de anulación frente a la Decisión, los cuales fueron desestimados por el TJUE⁸²⁶.

⁸²¹ MORILLAS, P., “Se ahonda la división entre este y oeste”, en MORILLAS, P.; SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.; SOLER, E., *Europa ante la crisis de refugiados: 10 efectos colaterales*, CIDOB, Barcelona, 2015, p. 23.

⁸²² Outcome of the Council meeting — 3408th Council meeting, Justice and Home Affairs, de 14 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/jha/2015/09/14/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸²³ ROBINSON, D., “Why Hungary wanted out of EU’s refugee scheme”, *Brussels Blog*, Financial Times de 22 de septiembre de 2015, disponible en <http://blogs.ft.com/brusselsblog/2015/09/22/why-hungary-wanted-out-of-eus-refugee-scheme/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸²⁴ Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, *DOUE* L 248, de 24 de septiembre de 2015, p. 80.

⁸²⁵ “EU backs refugee plan in teeth of east European opposition”, *EurActiv* de 23 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.euractiv.com/sections/global-europe/eu-backs-refugee-plan-teeth-east-european-opposition-317859> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸²⁶ Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y 647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

El balance de las Decisiones 1523 y 1601 de 2015 permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, ha puesto de manifiesto la existencia de grandes diferencias entre los Estados Miembros de la Unión Europea incompatibles con el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad que deben regir en las políticas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. 80 TFUE). Así se constata del estudio de las negociaciones que precedieron a su adopción por consenso, pero sin una cuota obligatoria en el caso de la Decisión 1523, y con el voto en contra de varios Estados en la Decisión 1601. En segundo lugar, los Estados Miembros tardaron demasiado en poner en marcha un mecanismo concebido como de emergencia, como muestran los datos publicados por la Comisión Europea en septiembre de 2017⁸²⁷. Teniendo en cuenta que las llegadas a ambos Estados se han seguido produciendo - aumentando enormemente en Italia en los meses posteriores al acuerdo UE-Turquía—, parece evidente que el mecanismo de reubicación no ha conseguido su objetivo de aliviar la presión sobre los sistemas de asilo de Italia y Grecia. No obstante, la Comisión ha llevado ante el Tribunal de Justicia a varios Estados Miembros -Hungría, República Checa y Polonia- por incumplir clamorosamente con estas Decisiones⁸²⁸.

Entendemos que la redistribución de los solicitantes de asilo entre los distintos Estados Miembros es una medida positiva, pues implica corregir el injusto criterio de asignar la responsabilidad sobre la solicitud al Estado a través del cual se entró de forma irregular. Por esta razón, es de celebrar que, tras haberse constatado el escaso éxito de las Decisiones 1523 y 1601, los Estados Miembros hayan decidido apostar por un nuevo sistema de reparto de las solicitudes de asilo basado en la reubicación. En septiembre de 2019, Alemania, Francia, Italia y Malta presentaron un borrador de acuerdo diseñando un “procedimiento de emergencia controlado” con el objetivo de establecer un “mecanismo de solidaridad temporal y predecible”⁸²⁹. Éste consistiría en el desembarco en un lugar

⁸²⁷ CE, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo — decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento, COM(2017) 465 final, de 6 de septiembre de 2017.

⁸²⁸ CE, Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / Polonia*, C-715/17; Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / Hungría*, C-718/17; Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / República Checa*, C-719/17.

⁸²⁹ Documento al que ha tenido acceso *Statewatch*. Vid. Joint declaration of intent on a controlled emergency procedure - voluntary commitments by member states for a predictable temporary solidarity mechanism, (“Acuerdo de septiembre de 2019”) disponible en <http://statewatch.org/news/2019/sep/eu-relocation-deal.htm> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

seguro y la reubicación en un plazo de cuatro semanas de los solicitantes de asilo que sean rescatados en el mar⁸³⁰. A 8 de octubre de 2019, tan sólo tres Estados (Irlanda, Luxemburgo y Portugal)⁸³¹ se han sumado al acuerdo. Probablemente, el escaso éxito se debe -además de a la oposición frontal a cualquier reparto de ciertos Estados- a que, a pesar de lo necesario que es insistir en la solidaridad entre Estados Miembros, el borrador de acuerdo plantea varios problemas.

Uno de los principales es que el procedimiento de reubicación se tramitaría aceleradamente con el objetivo de proceder al retorno de los migrantes “inmediatamente” tras el desembarco⁸³². Sin embargo, no aclara cómo será dicho procedimiento, que a priori parece ser anterior al procedimiento de admisión de la solicitud de asilo (art. 33 y 34 Directiva de procedimientos). Podría entenderse que se trata incluso de una evaluación previa y sumaráisima de la solicitud de asilo con el fin de “filtrar” a los solicitantes antes de que tengan la oportunidad de presentar su solicitud, lo que sería claramente contradictorio con la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo y la prohibición de expulsiones colectivas del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸³³. Además, los procedimientos acelerados no son adecuados para resolver ciertas solicitudes de asilo, especialmente las presentadas por personas en situación de vulnerabilidad -como es el caso de las personas LGBTI⁸³⁴-.

También llama la atención la ausencia de menciones al ACNUR, pues el acuerdo no prevé su intervención en ningún momento del procedimiento de reubicación. Tan sólo menciona al Alto Comisionado en una ocasión: para fomentar su apoyo al desembarco en terceros Estados⁸³⁵. De hecho, el acuerdo insiste en cooperar con las autoridades del Mediterráneo Sur, que en este contexto, se refiere claramente a Libia. Como se ha

⁸³⁰ *Ibid.*, §1-2.

⁸³¹ “Several EU countries refuse to back migrant boat plan”, *Al Jazeera* de 8 de octubre de 2019, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2019/10/eu-countries-refuse-migrant-boat-plan-191008174810308.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸³² *Ibid.*, §4.

⁸³³ Una idea que ya fue criticada y rechazada cuando Italia propuso crear “hotspots flotantes”, *Vid.* ASGI, *E' illegittimo qualsiasi hotspot per identificare i migranti in mare*, de 19 de mayo de 2016, disponible en <http://www.asgi.it/media/comunicati-stampa/e-illegittimo-qualsiasi-hot-spot-per-identificare-i-migranti-in-mare/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸³⁴ *Vid.* Capítulo 4, 2.2.1.

⁸³⁵ Acuerdo de septiembre de 2019, §14.

analizado en una sección anterior, Libia no es un país seguro para migrantes y solicitantes de asilo, por lo que colaborar en sus labores de vigilancia fronteriza hace dudar de las intenciones humanitarias del acuerdo.

Finalmente, otro gran problema que se ha planteado en relación con el acuerdo es su ámbito territorial. De acuerdo con su primer punto, los Estados se comprometen a:

“Diseñar un mecanismo temporal de solidaridad más predecible y eficiente para asegurar el desembarco digno y en un lugar seguro de los migrantes rescatados por embarcaciones en alta mar (...)”

Como han criticado los gobiernos español y griego⁸³⁶, si el mecanismo se destina únicamente a la reubicación de personas rescatadas en alta mar tan sólo paliaría la situación en Italia y Malta, ignorando en gran medida los flujos migratorios en el este y el oeste del Mediterráneo. Los incrementos en las llegadas en estas dos rutas - especialmente a Grecia⁸³⁷- hacen esencial que cualquier sistema de reubicación las incluya. De lo contrario, se trataría de un nuevo parche fruto de una visión cortoplacista, en lugar de un avance hacia un sistema de reparto solidario que sustituya a Dublín.

4.2. Propuestas de reforma del Reglamento de Dublín: ¿hacia un sistema de reubicación permanente?

El paquete de medidas presentado por la Comisión el 9 de septiembre de 2015 incluía también una Propuesta de Reglamento⁸³⁸ que reformaría el Reglamento de Dublín para añadir un mecanismo de reubicación permanente basado en el artículo 78.2 TFUE. Es decir, en lugar de diseñarse un sistema temporal previsto para una situación de

⁸³⁶ “España y Grecia rechazan el reparto de migrantes que lideran París y Berlín”, *El País* de 26 de septiembre de 2019, disponible en https://elpais.com/internacional/2019/09/25/actualidad/1569429682_572055.html (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸³⁷ De hecho, este Estado Miembro, junto a Bulgaria y Chipre, han planteado una iniciativa conjunta para el Mediterráneo Oriental que incluiría un mecanismo de reubicación. *Vid.* “Greece, Bulgaria and Cyprus call for EU support”, *Ekathimerini* de 8 de octubre de 2019, disponible en <http://www.ekathimerini.com/245270/article/ekathimerini/news/greece-bulgaria-and-cyprus-call-for-eu-support> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸³⁸ CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) no 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, COM(2015) 450 final, de 9 de septiembre de 2015.

emergencia concreta, se adoptaría como un elemento más del Sistema Europeo Común de Asilo. Se trata de una propuesta ya adelantada en la Agenda Europea de Migración⁸³⁹.

En líneas generales, el procedimiento propuesto se inicia con la constatación por la Comisión Europea, basándose en la información recopilada por EASO y FRONTEX, de que un Estado Miembro se enfrenta a una situación en la cual no puede aplicar el Reglamento de Dublín debido a que su sistema de asilo soporta una presión de gran entidad como consecuencia de una afluencia desproporcionada de solicitantes de protección internacional. De darse este supuesto, la Comisión activará el mecanismo de emergencia mediante un acto delegado, reubicando a otros Estados Miembros en función de una cuota de reparto previamente establecida. Al igual que en las medidas provisionales, la Propuesta únicamente contempla la reubicación de aquellos solicitantes para cuyas nacionalidades la proporción de resoluciones de concesión de protección internacional positivas es igual o superior al 75%. Incorpora además la posibilidad para los Estados Miembros de reubicación de sustituir ésta por una contribución al Fondo de Asilo, Migración e Integración por un importe de 0,002% del PIB, siempre que concurren circunstancias excepcionales que incapaciten temporalmente a dicho Estado para participar de la reubicación.

El Reglamento debía ser aprobado a través del procedimiento legislativo ordinario previsto en el artículo 294 TFUE. Si bien el Consejo Económico y Social ha informado favorablemente su aprobación⁸⁴⁰, su acogida en el Consejo no daba grandes esperanzas de que prosperase. La propuesta se ha encontrado con el rechazo de un buen número de Estados Miembros, como se detalla en documentos de trabajo internos⁸⁴¹; los principales opositores, los cuatro miembros del Grupo de Visegrado, Lituania y España, habiendo manifestado todos ellos reservas generales a su adopción.

⁸³⁹ Agenda Europea de Migración, p. 5.

⁸⁴⁰ CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, 2016/C 071/09, de 10 de diciembre de 2015, *DOUE C* 71, de 24 de febrero de 2016, pp. 53-56.

⁸⁴¹ Documento 14513/15 del Consejo de la Unión Europea, ASILE 20 CODEC 1653, de 1 de diciembre de 2015; Documento 14951/15 del Consejo de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015, ASILE 20 CODEC 1653.

En una Comunicación⁸⁴² de abril de 2016 la Comisión decidió apostar no sólo por una reforma que corrigiese el sistema de Dublín en este sentido, sino que anunciaba una propuesta⁸⁴³ más ambiciosa de refundir un nuevo Reglamento Dublín IV. La propuesta ha sido analizada con profusión por la doctrina⁸⁴⁴, por lo que nos limitaremos a recoger las preocupaciones que ha suscitado más habitualmente.

La Comisión se marca como objetivo principal evitar los movimientos secundarios, que considera un “abuso” que requiere de la imposición de obligaciones para los solicitantes de protección internacional con “consecuencias materiales y procesales proporcionadas” para su incumplimiento⁸⁴⁵. Por un lado, se imponen al solicitante las obligaciones de presentar la solicitud en el Estado Miembro de primera entrada y de permanecer en el territorio del Estado Miembro responsable (art. 4.1). En caso de incumplimiento -es decir, si el solicitante abandona el Estado Miembro en el que deba estar presente- la propuesta establece sanciones de gran calado (art. 5), entre las que se incluye la revocación del derecho del solicitante a las condiciones materiales de acogida previstas en la Directiva de acogida -con la excepción de la asistencia sanitaria de emergencia- en el resto de Estados Miembros. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE,

⁸⁴² CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM(2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

⁸⁴³CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), COM(2016) 270 final, de 4 de mayo de 2016 (“Propuesta Dublín IV”).

⁸⁴⁴ Vid. el profundo estudio elaborado por Francesco Maiani para la comisión LIBE del Parlamento Europeo, MAIANI, F., *The reform of the Dublin III regulation*, LIBE Committee of the European Parliament junio de 2016, disponible en

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf) (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019); Vid. et., DI FILIPPO, M., “Dublin ‘reloaded’ or time for ambitious pragmatism?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, de 12 de octubre de 2016, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/dublin-reloaded/> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); GAUCI, J-P., “Leap ahead or more of the same? The European Commission’s proposed revisions to the Dublin System”, *European Journal of International Law: Talk!*, de 20 de mayo de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/leap-ahead-or-more-of-the-same-the-european-commissions-proposed-revisions-to-the-dublin-system/> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); HRUSCHKA, C., “Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, de 17 de mayo de 2016, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/dublin-is-dead-long-live-dublin-the-4-may-2016-proposal-of-the-european-commission/> (consultado por última vez el 10 de octubre de 2019); POON, J., “The EU Commission on Dublin IV: sufficient safeguards for asylum claimants?”, *ESIL Reflections*, Vol. 5-9, de 17 de octubre de 2016.

⁸⁴⁵ Propuesta Dublín IV, p. 4.

el acceso a las condiciones mínimas de acogida previstas en dicha Directiva se encuentra íntimamente ligado al derecho a la dignidad de los solicitantes de protección internacional⁸⁴⁶, estando obligados los Estados Miembros a garantizar unas condiciones dignas de acogida (art. 20.5 Directiva de acogida). Por tanto, privar al solicitante de estas condiciones mínimas vulneraría gravemente su derecho a la dignidad.

Además, la propuesta prevé varias consecuencias procesales para el solicitante que no se encuentre en el Estado Miembro responsable de su solicitud o que la presente en otro Estado Miembro, como son el examen de su solicitud por el procedimiento acelerado (art. 5.1 de la Propuesta Dublín IV), la continuación del procedimiento en el Estado Miembro aun cuando el solicitante no se encuentre allí (art. 5.3) o la imposibilidad de interponer un recurso ante la resolución desestimatoria (art. 20.5), que ponen en riesgo su derecho a la tutela judicial efectiva. En particular, en el caso de los solicitantes de asilo en situación de especial vulnerabilidad, como las personas LGBTI.

Finalmente resulta muy preocupante que se establezca una sanción específica para los solicitantes menores no acompañados⁸⁴⁷: únicamente el Estado Miembro en el que el menor deba estar presente estará obligado a garantizarle la asistencia de un representante. No deja de resultar sorprendente -a la par que lamentable- que se restrinjan los derechos de los menores no acompañados en un contexto en el que la práctica totalidad de los niños y las niñas que han llegado a las costas europeas entran en esta categoría⁸⁴⁸, y tras haberse denunciado en varias ocasiones la desaparición de miles de menores⁸⁴⁹.

Por otro lado, el solicitante no sólo estaría obligado a fundamentar su solicitud de protección internacional (art. 4 Directiva de reconocimiento), sino que la propuesta le

⁸⁴⁶ Sentencia de 27 de septiembre de 2012, *Cimade & Gisti contra Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594; Sentencia de 27 de febrero de 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contra Selver Saciri y otros*, C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103. §35; Vid. MAIANI, F., *The reform...*, cit. supra., p. 42.

⁸⁴⁷ Sobre la problemática de los menores migrantes desde una perspectiva general, vid. SALINAS DE FRÍAS, A., “La protección internacional de los menores migrantes”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (coord.), *Inmigración e integración — aspectos sociales y legales*, Sequitur, Madrid, 2008.

⁸⁴⁸ UNICEF, *Ayuda refugiados: cifra récord de menores no acompañados en Italia*, de 18 de octubre de 2016, disponible en <https://www.unicef.es/noticia/ayuda-refugiados-cifra-record-de-menores-no-acompanados-en-italia> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁴⁹ “Al menos 10.000 niños refugiados han desaparecido nada más llegar a Europa”, *El Mundo* de 31 de enero de 2016, disponible en

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/01/31/56addb6f268e3ea1318b459e.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

traslada también la carga de la prueba sobre todos aquellos elementos que permitan determinar el Estado Miembro responsable (art. 4.2 Propuesta Dublín IV), teniendo como plazo hasta la entrevista personal con las autoridades competentes. Únicamente serán considerados los elementos de prueba presentados a esta fecha (art. 5.4 Propuesta Dublín IV), lo que plantea grandes desafíos para el solicitante -quien habitualmente no dispone de la documentación, recursos y asistencia legal necesarios- y se separa del criterio marcado por el ACNUR a este respecto⁸⁵⁰. A nuestro juicio, esta nueva obligación dificultaría la aplicación de muchos criterios del sistema de Dublín beneficiosos para la integración del solicitante de asilo, como son los relativos a su vinculación a un Estado Miembro -ya sea por razones familiares o de otro tipo-. Teniendo en cuenta además la absoluta irrelevancia de la voluntad del solicitante en el procedimiento de determinación del Estado responsable, la propuesta de la Comisión impide valorar suficientemente las circunstancias objetivas y subjetivas del individuo⁸⁵¹.

En cuanto al sistema corrector contenido en el Capítulo VII de la propuesta, se diferencia del mecanismo de reubicación de emergencia y la propuesta de 2015 en tres aspectos esenciales. En primer lugar, se basa en un sistema centralizado de registro de las solicitudes de protección internacional en los Estados Miembros, que activaría el mecanismo corrector de forma automática -sin necesidad de un acto de la Comisión o el Consejo- en cuanto se superara en alguno de ellos una cifra calculada a partir de la población, el PIB, el número de solicitudes y el número de personas reasentadas en ese Estado Miembro. En segundo lugar, la asignación a otro Estado Miembro sería prácticamente aleatoria, siendo los solicitantes asignados a los Estados que no hayan superado su propia cifra de referencia -al contrario que en la propuesta anterior en la que los Estados tendrían asignada una cuota y con la sola excepción de que las familias deben ser asignadas al mismo Estado-. En tercer lugar, el Estado Miembro de asignación podría negarse a participar en el mecanismo durante periodos de 12 meses, debiendo proceder a una “contribución de solidaridad” de 250.000⁸⁵² euros por cada solicitante que le habría sido asignado (art. 37). La valoración que nos merece la propuesta en este punto no es del

⁸⁵⁰ POON, J., “The EU Commission...” cit. supra., p. 5.

⁸⁵¹ DI FILIPPO, M., “Dublin reloaded?...” cit. supra.

⁸⁵² Una cantidad tan elevada que parece más bien un intento de obligar a los Estados Miembros más reticentes a colaborar en el mecanismo.

todo negativa. Un sistema automatizado podría acelerar enormemente la asignación de la responsabilidad a otro Estado Miembro, permitiendo que no se retrasara el examen de la solicitud de protección. Sin embargo, tal y como está configurado -sin tener en cuenta ninguna posible conexión del solicitante asignado con el Estado Miembro de asignación o sus circunstancias personales- nos resulta bastante mejorable, sobre todo al combinarse con unas medidas represoras de los movimientos secundarios tan severas.

Finalmente, resulta preocupante que no tenga en cuenta las condiciones de acogida ni en el Estado de reubicación ni en el Estado de asignación. En cuanto al primero, entendemos que los servicios de acogida podrían verse sobrepasados aun cuando las solicitudes registradas fueran inferiores a la cifra de referencia y, por tanto, no se activara el mecanismo, si no se encuentran suficientemente dotados.

En cuanto al segundo, se trata de una cuestión que ya ha resultado problemática con el vigente sistema de Dublín. La Sentencia del TEDH sobre el asunto *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*⁸⁵³ constató que las graves deficiencias en la acogida de solicitantes de asilo por parte de las autoridades griegas provocaban que las decisiones de retorno a este Estado Miembro en virtud del Reglamento de Dublín fueran contrarias al artículo 3 CEDH -en su vertiente de prohibir la devolución a una persona a un territorio en el que sufra tratos inhumanos o degradantes-, pues los solicitantes de asilo acogidos en este país se ven abocados con demasiada frecuencia a unas condiciones de indigencia extrema.

La cuestión ha sido abordada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto en el asunto *N.S. y M.E.*⁸⁵⁴, en cuya sentencia el TJUE establece una presunción -basada en el principio de confianza mutua- de respeto a los derechos humanos por parte de todos los Estados Miembros. Dicha presunción únicamente puede ser desvirtuada si existen deficiencias sistémicas en el Estado Miembro responsable de una solicitud que incrementen el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes; situación que, de acuerdo con esta sentencia, se da en Grecia. Esta posición del TJUE choca con el enfoque individualizado del riesgo a sufrir tratos inhumanos o degradantes de la

⁸⁵³ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, núm. 30696/09, ECHR 2011, (“M.S.S.”).

⁸⁵⁴ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (“N.S. y M.E.”).

jurisprudencia del TEDH⁸⁵⁵, lo que resulta muy preocupante desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos -y, especialmente, en el caso de solicitantes en situación de vulnerabilidad como las personas LGBTI-.

Sin embargo, en la sentencia sobre el asunto *C.K. y otros*⁸⁵⁶, el TJUE introduce ciertos cambios en esta interpretación que la acercan a la visión centrada en las circunstancias del solicitante del Tribunal de Estrasburgo. En concreto, admite la posibilidad de suspender el traslado de un solicitante de asilo al Estado Miembro responsable aunque el Estado de destino no presente deficiencias sistémicas⁸⁵⁷. Y ello porque, en caso de que se pruebe un riesgo real de que el estado de salud de un solicitante que sufre de enfermedades físicas o mentales se vería significativa y permanentemente agravado, su traslado supondría un trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Con todo, y a pesar de que el TEDH y el TJUE se han pronunciado en general sobre los criterios para valorar si un traslado del Reglamento de Dublín respeta los derechos de los solicitantes de asilo, así como sobre la situación de estos en Grecia, la propuesta de la Comisión no aporta solución alguna a estos problemas. Mientras tanto, organizaciones como Amnistía Internacional⁸⁵⁸ o Human Rights Watch⁸⁵⁹ y el propio ACNUR⁸⁶⁰ han manifestado que la situación de los refugiados acogidos en Grecia sigue siendo muy

⁸⁵⁵ PEERS, S., “The Dublin system: the ECJ squares the circle between mutual trust and Human Rights protection”, *EU Law Analysis*, 20 de febrero de 2017, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁵⁶ Sentencia de 16 de febrero de 2017, *C.K., H.F., A.S. contra Republika Slovenija*, C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127.

⁸⁵⁷ “A este respecto procede recordar que, según el artículo 29, apartado 1, del Reglamento Dublín III, el traslado del solicitante desde el Estado Miembro requirente al Estado Miembro responsable debe efectuarse en cuanto sea «materialmente posible». Como se deduce del artículo 9 del Reglamento de aplicación, el estado de salud del solicitante de asilo se considera precisamente una «circunstancia material» capaz de justificar el aplazamiento del traslado.”, *Ibid.* §86:

⁸⁵⁸ AI, *La situación de los Derechos Humanos en el mundo — Informe 2016/2017*, disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

⁸⁵⁹ HRW, *Greece: dire refugee conditions on islands*, 23 de enero de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/01/23/greece-dire-refugee-conditions-islands> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

⁸⁶⁰ ACNUR, *Grecia: ACNUR y sus socios trabajan para mejorar las condiciones de vida de los solicitantes de asilo*, 9 de diciembre de 2016, disponible en <http://acnur.es/noticias/notas-de-prensa/2685-grecia-acnur-y-sus-socios-trabajan-para-mejorar-condiciones-de-vida-de-solicitantes-de-asilo> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

precaria, una realidad que la propia Comisión reconoce. De acuerdo con una Comunicación de 2018, Grecia tenía ese año capacidad para acoger en sus centros de recepción a 6.338 personas, cuando las cinco Islas Orientales del mar Egeo albergaban por sí solas a más de 16.000⁸⁶¹.

4.3. Programas de reasentamiento a nivel europeo.

Siguiendo las Conclusiones del Consejo Europeo de 23 de abril de 2015 y la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de abril del mismo año, la Agenda Europea de Migración plantea como medida inmediata el reasentamiento de 20.000 personas. La Agenda define el reasentamiento en su Anexo como el “traslado de personas desplazadas que necesitan manifiestamente protección internacional, a instancias del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y de acuerdo con el país de reasentamiento, de un tercer país a un Estado Miembro, en el que serán admitidas y se les concederá el derecho de estancia y cualesquiera otros derechos comparables a los concedidos a un beneficiario de protección internacional”. Posteriormente, el 8 de junio, la Comisión presentó una Recomendación⁸⁶² al respecto, diseñando un sistema de reasentamiento en el que el ACNUR evaluaría a los candidatos en las regiones prioritarias y presentaría propuestas de reasentamiento a los Estados Miembros, que se responsabilizarían de su admisión y su sometimiento a un procedimiento de protección internacional. Las condiciones de acogida serían las mismas que las aplicadas a cualquier otro beneficiario de la protección internacional, recogidas en la Directiva de acogida.

Después de que el Consejo Europeo de 25 y 26 de junio diera luz verde al programa de reasentamiento (Conclusión 4 e)), el Consejo de la Unión acordó aplicarlo a 22.504 personas⁸⁶³, cifra superior a la recomendada por la Comisión debido a la participación de los Estados asociados Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. En cualquier caso se trata

⁸⁶¹ CE, *Communication from the commission to the European Parliament, the European Council and the Council — progress report on the implementation of the European Agenda on Migration*, COM(2018) 301 final, de 16 de mayo de 2018, p. 5.

⁸⁶² CE, Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión, de 8 de junio de 2015, sobre un programa europeo de reasentamiento, *DOUE* L 148, de 13 de junio de 2015, pp. 32-37.

⁸⁶³ Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20 000 personas claramente necesitadas de protección internacional, de 22 de julio de 2015, disponibles en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/es/pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019)..

de una cifra minúscula comparada con la carga soportada por los Estados en desarrollo, particularmente los cercanos a Siria. Una vez aceptado lo limitado de su alcance, puede afirmarse que el programa de reasentamiento arroja unos números más esperanzadores que el mecanismo de reubicación de emergencia. A 27 de septiembre de 2016, 10.695 personas habían sido reasentadas en 11 Estados participantes⁸⁶⁴. Visto el relativamente satisfactorio grado de cumplimiento por los Estados Miembros de este programa voluntario -en especial al compararlo con el mecanismo de reubicación de emergencia- la Comisión ha optado por proponer un Reglamento por el que se cree un Marco Común en materia de Reasentamiento⁸⁶⁵.

La propuesta plantea el reasentamiento como la principal vía legal y segura para acceder a la Unión Europea, definiéndolo en su artículo 2 como:

“la admisión de nacionales de terceros países y apátridas que necesiten protección internacional, desde un tercer país del cual o dentro del cual han sido desplazados, al territorio de los Estados Miembros con el fin de concederles dicha protección”

Se pretende crear un Marco estructurado, armonizado y permanente para el reasentamiento en la UE. De acuerdo con el artículo 3, los objetivos de dicho Marco de Reasentamiento pasan por regular la llegada legal y segura a Europa, ayudar a la reducción de la entrada irregular a gran escala (la principal consecuencia de la creación de vías legales) y colaborar con las iniciativas internacionales en materia de reasentamiento, contribuyendo así a los esfuerzos globales en este sentido. Sin embargo, el artículo 4 configura el reasentamiento como una herramienta al servicio de la política migratoria exterior de la Unión Europea. En dicho precepto se recogen los criterios que deben seguir la Comisión y el Consejo al designar mediante un acto de ejecución en qué regiones o países se centrará un plan de reasentamiento concreto.

Entre ellos se encuentran “la cooperación eficaz de terceros países con la Unión en el ámbito de la migración y el asilo”, especialmente para reducir la inmigración irregular a través de sus fronteras hacia los Estados Miembros y para facilitar las operaciones de retorno. Esta instrumentalización del reasentamiento ha sido criticada por numerosas

⁸⁶⁴ Vid. CE, *Communication...Tenth report on relocation and resettlement*, cit. supra.

⁸⁶⁵ CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) núm. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2016) 468 final, de 13 de julio de 2016.

organizaciones, como Amnistía Internacional⁸⁶⁶ o el ECRE⁸⁶⁷, pues conlleva el peligro de que la situación en ciertos países o regiones, necesitados de soluciones duraderas pero alejados de los flujos migratorios prioritarios para la UE, sea ignorada. El reasentamiento debe mantener su naturaleza humanitaria y estar destinado a proteger a las personas más vulnerables, no asegurar la cooperación de terceros Estados en el control de la migración irregular. En otras palabras, el Marco de Reasentamiento no debe someterse a las prioridades del Marco de Asociación con Terceros Países, como pretende la Comisión con su propuesta.

La propuesta resulta problemática por otras razones. En concreto, por las personas que podrían beneficiarse de los programas de reasentamiento implementados bajo el nuevo Marco. La propuesta amplía el reasentamiento a otros colectivos distintos de los beneficiarios del estatuto de refugiado, lo cual a priori resulta deseable en tanto que permitiría proteger a un mayor número de personas que lo necesitaran. Sin embargo, algunas de estas categorías resultan dudosas por diferentes motivos. En particular, el artículo 5 b) considera elegibles para el reasentamiento a varios colectivos que entiende como vulnerables. En esta categoría se encuentran grupos con claras necesidades especiales, como las mujeres, niñas, niños o adolescentes -incluidos los menores no acompañados-, las víctimas de violencia o torturas o las personas con necesidades médicas o discapacidades. Sin embargo, el artículo no menciona otros grupos a los que el ACNUR sí reconoce una especial vulnerabilidad⁸⁶⁸, como los refugiados LGBTI⁸⁶⁹ o los pertenecientes a minorías étnicas⁸⁷⁰. En cambio, la Propuesta alude a las “personas con vulnerabilidad socioeconómica”, un término que el ACNUR no utiliza y que la Comisión no define en su propuesta, lo que abre la puerta a una gran arbitrariedad. En tercer lugar, la Propuesta pretende que las personas que normalmente se beneficiarían de la

⁸⁶⁶ AI, *The proposed EU Resettlement Framework*, 15 de diciembre de 2016, disponible en <https://gmdac.iom.int/research-database/position-paper-proposed-eu-resettlement-framework> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁶⁷ ECRE, *Untying the EU Resettlement Framework*, 28 de octubre de 2016, disponible en <https://www.ecre.org/policy-note-untying-the-eu-resettlement-framework/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁶⁸ ACNUR, *Manual de Reasentamiento del ACNUR*, julio 2011, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/52a0797c4.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 219.

⁸⁷⁰ *Ibid.* p. 222.

reagrupación familiar sean incluidas entre las potenciales reasentadas. A nuestro juicio, se trata de dos cauces regulares de acceso a la protección que deben estar totalmente separadas. De un lado, porque el reasentamiento debe ser un complemento al resto de vías legales y, en ningún caso, pretender sustituirlas. Del otro, porque las personas que cumplen con los presupuestos de la Directiva sobre el derecho a la Reagrupación Familiar⁸⁷¹ deben poder ejercer tal derecho y no ser desviadas hacia un programa de reasentamiento⁸⁷².

Ante la falta de adopción del Marco, la Comisión Europea presentó en 2017 una Recomendación⁸⁷³ dirigida a los Estados Miembros con el fin de ampliar los esfuerzos de reasentamiento derivados de las Conclusiones del Consejo de la Unión de julio de 2015 y del acuerdo UE-Turquía. Esta recomendación constituye la respuesta de la Comisión al llamamiento internacional a expandir los programas de reasentamiento contenido en la Declaración de Nueva York de 2016. En concreto, pide a los Estados Miembros que creen 50.000 plazas de reasentamiento adicionales para personas procedentes de Siria desplazadas en Turquía, para continuar el reasentamiento desde Líbano y Siria y para reasentar a personas procedentes de Chad, Etiopía, Egipto, Libia, Níger y Sudán en aplicación del mecanismo temporal de ACNUR de evacuación de emergencia de los grupos de migrantes más vulnerables procedentes de Libia. Con este fin, destina 500 millones de euros con cargo al presupuesto de la Unión al cumplimiento de dichos programas de reasentamiento. A marzo de 2019⁸⁷⁴, más de 24.000 personas habían sido reasentadas siguiendo el llamamiento de la Comisión de 2017, cuya vigencia finaliza en octubre de 2019.

5. CUARTO PILAR: “UNA NUEVA POLÍTICA DE MIGRACIÓN LEGAL”

El último gran pilar de la Agenda Europea de Migración está centrado en la migración legal. Las medidas propuestas en esta área se refieren principalmente al fomento de la inmigración cualificada, especialmente a través del sistema de tarjeta azul;

⁸⁷¹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DOUE* L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

⁸⁷² ECRE, *Untying the EU Resettlement Framework*, cit. supra, p. 2.

⁸⁷³ CE, Recomendación de la Comisión relativa a la mejora de las vías legales para las personas que necesitan protección internacional, *DOUE* L 259, de 7 de octubre de 2017, pp. 21-24.

⁸⁷⁴ “Progress report on the implementation of the European Agenda on Migration March 2019”, cit. supra, p. 18.

a adecuar la inmigración a las necesidades laborales; a modificar la política de visados para incentivar el turismo y las visitas, apoyar el desarrollo de los Estados de origen; a destinar mayores partidas a la integración; y a facilitar las transferencias de remesas. En nuestra opinión se trata del pilar menos ambicioso de la Agenda, reflejando una visión eminentemente mercantilista de la inmigración que no responde a una realidad en la que, insistimos, la frontera sur de Europa, el Mediterráneo, se ha convertido en la más peligrosa del mundo⁸⁷⁵. La Agenda debería centrarse en facilitar la entrada legal en Europa de los solicitantes de asilo, y para ello resulta imprescindible un rediseño de la primera gran barrera enfrentada por este colectivo: el visado.

5.1. La política de visados como barrera al asilo.

La política de visados fue el primer elemento de las actuales políticas comunes de control de fronteras, asilo y migración en incorporarse al ámbito comunitario. Fue a través del artículo 100 c) del Tratado de Maastricht, que permitía al Consejo -a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo- aprobar una lista común de países cuyos nacionales debían estar provistos de visado para atravesar la frontera exterior. Comenzó así la comunitarización⁸⁷⁶ de una política tradicionalmente abundante, dispersa y fragmentada⁸⁷⁷ que en la actualidad gira en torno a dos Reglamentos principales: la Lista de Visados⁸⁷⁸ y el Código de Visados⁸⁷⁹.

Las Listas de Visados establecen aquellos terceros Estados cuyos nacionales necesitan visado para atravesar las fronteras exteriores de la Unión -una “lista negra”, contenida en el Anexo I- o están exentos de este requisito -una “lista blanca” en el Anexo II-. Un vistazo a los países que conforman la lista negra confirma que la política de

⁸⁷⁵ Suscribimos en este punto las palabras del profesor Javier de Lucas, para el que los migrantes se han convertido en “piezas de las que disponemos a nuestro antojo en un recorte brutal de su derecho a la libertad de circulación. En efecto, nosotros sólo reconocemos ese derecho a algunos entre ellos, los que nos interesan como rentables”. (En DE LUCAS, J., *Mediterráneo...* cit. supra p. 41).

⁸⁷⁶ Para una explicación detallada de la evolución de la política común de visados desde el Tratado de Maastricht al Tratado de Lisboa *vid.* PEERS, S.; GUILD, E.; TOMKIN, J., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition Vol. 1*, Martins Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 223-226.

⁸⁷⁷ MORENO-LAX, V., *Assessing Asylum in Europe*, cit. supra., p. 83.

⁸⁷⁸ Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, *DOUE* L 303, de 28 de noviembre de 2018, pp. 39-58.

⁸⁷⁹ *DOUE* L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1-58.

visados es utilizada como mecanismo de *non-entrée*, es decir, como una herramienta para impedir que los refugiados siquiera lleguen al territorio del Estado Miembro y puedan así presentar una solicitud de protección internacional⁸⁸⁰. Los datos del ACNUR apuntan a esta conclusión, pues a lo largo de 2018 los principales países de origen de los refugiados fueron Siria, Afganistán, Sudán del Sur, Myanmar, Somalia, Sudán, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Eritrea y Burundi⁸⁸¹, todos ellos Estados incluidos en la lista negra. De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento de la Lista de Visados, la decisión de incluir un Estado tercero en una u otra lista depende de una:

“evaluación caso por caso de diversos criterios relativos, en particular, a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, a los beneficios económicos, sobre todo en términos de turismo y comercio exterior, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países de que se trate atendiendo, en particular, a consideraciones en materia de derechos humanos y de libertades fundamentales, así como a las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad.”

No obstante, no incluye ninguna referencia a cómo debe efectuarse dicha evaluación caso por caso. Algunos de estos criterios parecen claros, como es el caso de la reciprocidad⁸⁸². Sin embargo, otros han sido criticados por suponer una discriminación ilegítima frente a los nacionales de ciertos Estados⁸⁸³. En su versión vigente a noviembre de 2017, la lista negra incluye a prácticamente todos los Estados africanos -con la excepción de Mauricio y Seychelles-, a casi todos los países con poblaciones predominantemente musulmanas y a la mayoría de los asiáticos -entre ellos, China (excepto para nacionales con pasaporte diplomático), India, Tailandia o Filipinas-. En definitiva, la mayoría de las personas no blancas y no cristianas del mundo necesitan un visado para acceder a la Unión Europea, al tiempo que la mayoría de los Estados cuyos

⁸⁸⁰ HATHAWAY, J. C., *The rights of refugees under International Law*, cit. supra, p. 291.

⁸⁸¹ ACNUR, *Tendencias globales — desplazamiento forzado en 2016*, disponible en <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/tendencias-globales-2016/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁸² Si bien es necesario señalar las exigencias desproporcionadas que en ocasiones demanda la UE de terceros Estados para incluirlos en la lista blanca basándose en la reciprocidad, *Vid.* PEERS, S.; GUILD, E.; TOMKIN, J., *EU Immigration and Asylum Law Vol. 1...*, cit. supra, p. 236.

⁸⁸³ CHOLEWINSKI, R., *Borders and discrimination in the European Union*, Immigration Law Practitioners' Association, Londres, 2002, disponible en <http://www.ilpa.org.uk/resources.php/13281/borders-and-discrimination-in-the-european-union> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

nacionales precisan de dicho documento están poblados por personas no blancas y no cristianas. Tan sólo tres regiones no predominantemente blancas disfrutaban generalmente de la exención de visado: casi todas las pequeñas naciones insulares de Oceanía y del Caribe y -de manera más relevante por el tamaño de su población- los Estados iberoamericanos, siendo la excepción los nacionales ecuatorianos, dominicanos, bolivianos y cubanos.

Sin embargo, las primeras versiones de la lista negra sí incluían a Colombia y Perú. Ambos fueron trasladados a la lista blanca en 2014⁸⁸⁴ -junto a la mayoría de los Estados de Oceanía y el Caribe y Emiratos Árabes Unidos- y disfrutaban de sendos acuerdos sobre exención de visados para estancias de corta duración con la Unión⁸⁸⁵. El caso de ambos Estados resulta particularmente interesante porque permite observar cómo aplica la Comisión Europea los criterios antes mencionados en sus Informes al Parlamento Europeo y al Consejo⁸⁸⁶. La estructura de estos informes es idéntica: en primer lugar, un estudio de la situación de ambos Estados en relación con los criterios enumerados en el Reglamento y, en segundo lugar, un análisis de los posibles riesgos asociados a la liberalización del visado. En particular, destacan dos criterios, ambos vinculados a la seguridad: la criminalidad y los flujos migratorios y de asilo.

Resulta especialmente interesante cómo un hipotético deterioro de la seguridad en Colombia o Perú que incitase a “algunos [peruanos o colombianos] a abusar del régimen de exención de visado” y aumentase los flujos de asilo -particularmente desde Colombia- es contemplado como la principal y más grave amenaza a la seguridad que podría surgir fruto de la exención de visados. De nuevo, los refugiados y los migrantes irregulares son concebidos principalmente como un riesgo para la seguridad en lugar de como sujetos de derechos.

⁸⁸⁴ Reglamento (UE) n° 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, *DOUE* L 149, de 20 de mayo de 2014, pp. 67-70.

⁸⁸⁵ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia sobre exención de visados para estancias de corta duración, *DOUE* L 333, de 19 de diciembre de 2015, pp. 3-9; Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, *DOUE* L 78, de 24 de marzo de 2016, p. 4-10.

⁸⁸⁶ Disponibles en https://ec.europa.eu/home-affairs/e-library/documents/policies_en?policy=440 (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

Partiendo de esta importancia esencial dada por la Comisión a la delincuencia organizada y la migración irregular al valorar la oportunidad de eximir de visado a los nacionales de un Estado tercero, podemos concluir que existen indicios de que la política de visados actual es discriminatoria. En primer lugar, porque no se han elaborado de forma pública y transparente informes detallados como los de Perú y Colombia para evaluar la pertinencia de incluir a un determinado Estado en la lista negra -y dificultar así el acceso al Espacio Schengen y al asilo a los nacionales de ciertos países-. En segundo lugar, porque los nacionales de los Estados que conforman la lista negra son automáticamente considerados un riesgo para la seguridad del Espacio Schengen por su nacionalidad -o, incluso, por su raza o religión- y no por sus conductas individuales.

5.2. El caso X y X: una oportunidad perdida.

El Código de Visados parece excluir de su obtención a los solicitantes de asilo pues exige demostrar la intención de volver al país de origen. Según el artículo 2, apartado 2, el visado expedido en virtud del Código de Visados tan sólo autoriza el tránsito por el territorio de los Estados Miembros -o las zonas internacionales de tránsito de sus aeropuertos- o la estancia por menos de tres meses en un periodo de seis meses. Es decir, se aplica únicamente a los visados de corta duración⁸⁸⁷, con una estancia limitada en el tiempo y siempre debiendo acreditarse la intención de retornar al país de origen. Por tanto, y de forma coherente con el CFS, el visado de corta duración es esencialmente contrario al asilo.

Sin embargo, el Código incluye una excepción a esta norma, en su art. 25.1 a), en el cual se regula la expedición de un visado de validez territorial limitada (VVTL), esto es, aquél cuya validez se limitará al territorio del Estado Miembro que lo expida -o, excepcionalmente, de algún otro que lo consienta previamente-. De acuerdo con este precepto:

“se expedirá (...) [un VVTL] excepcionalmente en los casos siguientes:

- a) cuando el Estado Miembro de que se trate considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales,

⁸⁸⁷ Sentencia de 10 de abril de 2012, *Proceso penal contra Minh Khoa Vo*, C- 83/12, ECLI:EU:C:2012:202, §36.

i) establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada fijadas en el artículo 5, apartado 1, letras a), c), d) y e), del Código de fronteras Schengen”

En definitiva, se trata de un precepto que permite la expedición de VVTL aun cuando el solicitante no reúna los requisitos para ello. Sin embargo, no se trata en absoluto de un artículo de interpretación y aplicación pacífica, sino que plantea un gran interrogante: la expedición de VVTL ¿es obligatoria para los Estados Miembros en caso de que concurran razones humanitarias u obligaciones internacionales (“se expedirá”) o, por el contrario, es una potestad de los Estados (“considere necesario”)?

Esta cuestión ha llegado al TJUE con una petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil du contentieux des étrangers belga en el asunto X y X⁸⁸⁸. En el procedimiento principal, una pareja de nacionales sirios solicitó el 12 de octubre de 2016 sendos visados para sí y para sus tres hijos -menores de diez años- ante la embajada de Bélgica en Líbano. Todos ellos provinene de la por entonces asediada ciudad de Aleppo y profesaban la religión cristiana ortodoxa. En sus solicitudes demandaron la expedición de varios VVLT basándose en el artículo 25 1 a) del Código de Visados, declarando que el fin de su estancia en Bélgica era presentar una petición de asilo. Alegaban además que habían sufrido abusos a manos de los distintos bandos combatientes en Siria -el padre fue secuestrado y torturado por un grupo terrorista antes de ser liberado a cambio de un rescate- y que además temían ser víctimas de otras violaciones de sus Derechos Humanos por ser cristianos en un contexto de persecución a los seguidores de esta confesión religiosa.

La Office des étrangers belga desestimó sus solicitudes por la intención manifiesta de los solicitantes de permanecer en Bélgica más allá de los 90 días que autoriza un visado del Código de Visados lo que, entienden, equivaldría a presentar una solicitud de asilo en una representación diplomática, lo cual no está permitido en la legislación belga. Los solicitantes recurrieron esta decisión ante la jurisdicción belga, apoyándose en que el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) de la UE impone a los Estados Miembros una obligación positiva de garantizar el derecho de asilo, y que la concesión

⁸⁸⁸ Sentencia de 7 de marzo de 2017, X y X contra État belge, C-638/16 (PPU), ECLI:EU:C:2017:173 (“X y X”).

del visado y de la posterior protección internacional es la única vía para garantizar que no se produzca una vulneración de los artículos 4 CDF y 3 CEDH.

Dada la -ampliamente conocida- situación en la que se encontraban los habitantes de Aleppo durante el asedio, consideraban probada la situación humanitaria excepcional para la cual está prevista el artículo 25 del Código de Visados. Por tanto, y siguiendo la jurisprudencia establecida en *Koushkaki* -según la cual el visado únicamente puede ser denegado por los motivos establecidos en el artículo 32 del Código de Visados⁸⁸⁹-, alegan que Bélgica estaría obligada a expedirles un VVTL. Este Estado se opone basándose en que el artículo 3 CEDH o el artículo 33 CG51 únicamente obligan a no devolver a la persona. Ante esta controversia, el órgano jurisdiccional remitente se plantea varias cuestiones:

“1) Las “obligaciones internacionales”, mencionadas en el artículo 25, apartado 1, letra a), del Código de visados, ¿hacen referencia a la totalidad de los derechos garantizado por la Carta, y en particular a los derechos garantizados por sus artículos 4 y 18, y comprenden también las obligaciones que el CEDH y el artículo 33 de la Convención de Ginebra imponen a los Estados Miembros?

2) Teniendo en cuenta la respuesta a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 25, apartado 1, letra a), del Código de visados en el sentido de que el Estado Miembro que conoce de una solicitud de visado de validez territorial limitada está obligado, sin perjuicio del margen de apreciación de que dispone en relación con las circunstancias del asunto, a expedir el visado solicitado cuando resulte probado el riesgo de infracción del artículo 4 o del artículo 18 de la Carta o el riesgo de incumplimiento de otra obligación internacional a la que esté sujeto? ¿Influye de algún modo en la respuesta a esta cuestión la existencia de vínculos entre el solicitante y el Estado Miembro que conoce de la solicitud de visado (por ejemplo, lazos familiares, familias de acogida, garantes y patrocinadores, etc.)?”

Ante estas cuestiones, el Abogado General Paolo Mengozzi presentó el 7 de febrero de 2017 unas extensas Conclusiones⁸⁹⁰ con el objetivo expreso de proponer una “solución digna de los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona”

⁸⁸⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862 (“Koushkaki”).

⁸⁹⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, *X y X contra État belge.*, C-638/16 (PPU), ECLI:EU:C:2017:93 (“Conclusiones de X y X”)

que deben “guiar la aplicación del Derecho de la Unión” y del “papel de guardiana de los derechos fundamentales de las personas”⁸⁹¹ que desempeña la UE en el mundo.

En primer lugar, rechaza el argumento del gobierno belga de que el TJUE no es competente para conocer de esta cuestión al no estar el procedimiento principal sometido al Derecho de la Unión. Según Bélgica, dado que el Código de Visados únicamente regula los visados de corta duración y los solicitantes tienen intención de permanecer más tiempo del autorizado, el visado debe considerarse de larga duración y, por tanto, impropio del ámbito comunitario. Tanto la Comisión como la larga lista de Estados Miembros que se han personado para formular observaciones apoyan que el Código de Visados no resulta aplicable a esta solicitud. Sin embargo, el Abogado General se desmarca de estas objeciones con bastante buen juicio. Las solicitudes fueron presentadas por los recurrentes y admitidas, analizadas y rechazadas por el gobierno belga en virtud del Código de Visados. La intención de los solicitantes no debe ser tomada en cuenta para determinar el ordenamiento aplicable a su solicitud porque “no puede modificar la naturaleza ni el objeto de sus solicitudes”⁸⁹². De modo que la intención de presentar una solicitud de asilo en Bélgica puede ser una causa de denegación del visado, pero no excluir la aplicación del Código de Visados⁸⁹³. Por tanto, admitir un argumento como el del gobierno belga implicaría negar el propio imperio de la ley⁸⁹⁴.

Respondiendo a la primera cuestión, el Abogado General separa el tratamiento que la CDF debe recibir con respecto al CEDH y la CG51. Tal y como explica, la CDF forma parte del ordenamiento jurídico propio de la UE, por lo que no se puede incluir en las “obligaciones internacionales” a las que hace referencia el artículo 25 del Código de Visados⁸⁹⁵. El artículo 51.1 de la CDF establece que sus disposiciones están dirigidas “a los Estados Miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. La actuación del Gobierno belga supone una aplicación del Código de Visados y, por tanto, del

⁸⁹¹ *Conclusiones de X y X*, §165.

⁸⁹² *Ibid.*, §50

⁸⁹³ *Ibid.*, §51.

⁸⁹⁴ MORENO-LAX, V., “Asylum Visas as an obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X,X v État belge (Part 1)”, *EUmigrationlawblog* de 16 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁸⁹⁵ *Conclusiones de X y X*, §73.

Derecho de la UE, por lo que debe respetar los derechos fundamentales contenidos en la CDF. Y ello es así aun cuando se entienda que el Reglamento concede un cierto margen de apreciación a los Estados Miembros en su aplicación⁸⁹⁶. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁸⁹⁷, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen los derechos fundamentales, pues la propia aplicabilidad del ordenamiento de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos contenidos en la CDF⁸⁹⁸. Es decir, la Carta tiene una eficacia extraterritorial, al igual que el CEDH, si bien por motivos y con un alcance distintos a los de éste. Mientras que el CEDH basa su aplicación en la cláusula de jurisdicción del artículo 1, la CDF vincula a los Estados Miembros según el acto estatal aplique o no Derecho de la Unión. Finalmente, el Abogado General concluye su análisis de la primera cuestión afirmando que no es preciso analizar si los artículos 3 CEDH y 33 CG51 constituyen “obligaciones internacionales” en el sentido del artículo 25 del Código de Visados ya que los artículos 4 y 18 CDF son aplicables, deben ser respetados y garantizan un nivel de protección al menos equivalente⁸⁹⁹.

Asentada la aplicabilidad de la CDF al procedimiento principal, procede responder a la segunda cuestión, con la que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, ante una situación de riesgo probado de infracción del artículo 4 o del artículo 18 de la Carta, dicho Estado Miembro está obligado a expedir un VVTL. Para ello se debe partir de que el artículo 25 es una excepción al artículo 32, pues así lo recoge expresamente este precepto al enumerar las causas que pueden justificar la denegación del visado. Ante esta circunstancia, el gobierno belga alega que el artículo 25 no menciona como posible excepción que el solicitante pretenda alargar su estancia más allá de tres meses. Compartimos la opinión del Abogado General en este punto. Defiende que, si esta disposición permite expedir un VVTL aun cuando el solicitante suponga una amenaza para la seguridad o carezca de documentación que justifique el objeto y las condiciones de su estancia, nada obsta a que se permita aun cuando haya dudas razonables sobre su

⁸⁹⁶ *Ibid.*, §82; *Koushkaki*, §60.

⁸⁹⁷ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, §20; Sentencia de 30 de abril de 2014, *Robert Pfleger y otros*, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, §34.

⁸⁹⁸ *Conclusiones de X y X*, §91.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, §107.

intención de regresar al término de tres meses, pues “quien puede lo más, puede lo menos”⁹⁰⁰.

Siguiendo la jurisprudencia del TJUE establecida en *Koushkaki*, las decisiones de expedir un VVTL deben ser tomadas con arreglo a las normas definidas en el artículo 25⁹⁰¹, de forma que un Estado Miembro está obligado a, como mínimo, examinar las razones invocadas por los solicitantes para evitar la denegación del visado y aplicar dicho artículo⁹⁰². Por tanto, si considera que realmente existen razones humanitarias para expedir el VVTL, no puede denegarlo⁹⁰³. *A priori*, esta conclusión no excluye que las autoridades nacionales dispongan de un margen de apreciación para tener en cuenta dichas razones. Sin embargo, este margen también queda sujeto a las disposiciones del Derecho de la Unión, siendo por un lado el término “razones humanitarias” un concepto distinto al presente en los ordenamientos nacionales⁹⁰⁴ y, por otro lado, debiendo ser entendido de forma que garantice el cumplimiento de las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales. Según el Abogado General, si la denegación de visado

“conduce a exponer al solicitante a un riesgo real de que se vulneren los derechos consagrados por la Carta, muy especialmente, derechos de carácter absoluto, como los relacionados con la dignidad humana (artículo 1 de la Carta), el derecho a la vida (artículo 2 de la Carta), a la integridad de la persona (artículo 3 de la Carta) y la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (artículo 4 de la Carta) y, más aún, cuando dichos derechos corren el riesgo de ser conculcados en relación con personas especialmente vulnerables, tales como menores de corta edad, cuyo interés superior debe ser tenido en cuenta primordialmente”⁹⁰⁵.

En lo que respecta al artículo 4 CDF en concreto, el Abogado General remite a la jurisprudencia del TJUE en el caso *N.S. y M.E.*, en el cual el Tribunal reconoce que una facultad concedida por el Derecho de la Unión a un Estado Miembro puede convertirse en una obligación si es preciso para garantizar los derechos contenidos en este precepto⁹⁰⁶. A la vista de la situación actual en Siria -y, especialmente, en Aleppo- y de las violaciones de sus derechos sufridas por la familia solicitante, el Abogado General concluye que los

⁹⁰⁰ *Ibid.*, §115.

⁹⁰¹ *Ibid.*, §123.

⁹⁰² *Ibid.*, §126.

⁹⁰³ *Ibid.*, §127.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, §130.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, §137.

⁹⁰⁶ *N.S. y M.E.*, §94-98.

solicitantes estaban expuestos a riesgos reales de sufrir tratos inhumanos de extrema gravedad en su país⁹⁰⁷. Al haberles denegado Bélgica el VVTL, los sitúa ante la disyuntiva de arriesgar sus derechos más fundamentales permaneciendo en Siria o ponerlos en igual peligro al forzarles a acceder al territorio de un Estado Miembro de manera ilegal⁹⁰⁸, lo que lleva a la conclusión de que:

“El hecho de que un Estado Miembro pueda, en tales circunstancias, abstenerse de adoptar las medidas que están en su mano dirigidas a evitar que unos nacionales de un tercer país, solicitantes de protección internacional, queden expuestos a tales riesgos constituye también, en mi opinión, una vulneración del artículo 4 de la Carta”⁹⁰⁹.

Por lo tanto, el artículo 25 debe ser interpretado en el sentido de que un Estado Miembro está obligado a expedir un VVTL por razones humanitarias si “existen motivos serios y probados para creer que la negativa a expedir tal documento tendrá como consecuencia directa exponer a dicho nacional de un tercer país a sufrir tratos prohibidos por el artículo 4 de la Carta, al privarle de una vía legal para ejercer su derecho a solicitar la protección internacional en ese Estado Miembro”⁹¹⁰, pues es la “única solución digna de los «valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona» en los que se basa la construcción europea y que defienden y promueven la Unión Europea y sus Estados Miembros, tanto en sus territorios como en las relaciones con terceros países”⁹¹¹.

La opinión del Abogado General Mengozzi fue acogida muy favorablemente por parte de la doctrina. Así, autoras como Moreno-Lax celebran que se plantee una salida para aquellos casos -mayoritarios- en los que los solicitantes de asilo no tienen ninguna opción legal para acceder a la protección internacional a la que tienen derecho, obligando a los Estados Miembros a adoptar medidas positivas para garantizar que estos derechos sean prácticos y efectivos⁹¹². Otros autores como Carlier y Leboeuf, abogan por una

⁹⁰⁷ *Conclusiones de X y X*, §149.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, §150.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, §152.

⁹¹⁰ *Ibid.*, §153.

⁹¹¹ *Ibid.*, §165.

⁹¹² MORENO-LAX, V., “Asylum Visas as an obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X,X v État belge (Part 2), *EUmigrationlawblog* de 16 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge-part-ii/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

posible vía intermedia en la que los Estados no estarían obligados a expedir el asilo sino a examinar las solicitudes presentadas en virtud del artículo 25 y motivar cualquier resolución denegatoria⁹¹³. En nuestra opinión, una solución así podría no tener efectos prácticos, pues los Estados Miembros no tendrían ningún incentivo nuevo para expedir el visado y podrían escudarse en motivaciones genéricas para denegar sistemáticamente los visados humanitarios. Al contrario, entendemos que podría tratarse de un retoque cosmético que seguiría ignorando las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 CDF. La argumentación de Mengozzi es, a nuestro juicio, excelente en este punto y responde correctamente a la necesidad de despolitizar la cuestión de los solicitantes de asilo y aplicar e interpretar sus derechos desde una óptica jurídica coherente con el resto del Derecho de la Unión⁹¹⁴.

No obstante, los Estados Miembros, como era de esperar, rechazaron con fuerza esta propuesta oponiendo lo que ya alegara el gobierno belga: supondría admitir en el territorio de la Unión a “todas las personas que vivan en una situación catastrófica” y congestionaría los consulados y los sistemas de asilo de los Estados de la Unión (§169 a 172 de las Conclusiones de Mengozzi). Un argumento demasiado alarmista que no responde a la realidad de las dificultades a las que se enfrentan los solicitantes de asilo para acceder a un consulado europeo. Sin ir más lejos, para poder presentar su solicitud de visado en el consulado belga, los demandantes del asunto X y X debieron escapar a Líbano, un país que acoge a un altísimo número de refugiados sin la suficiente asistencia internacional⁹¹⁵. Con independencia del número de solicitudes de asilo que se podrían presentar en caso de admitirse la obligación de expedir un VVTL por razones humanitarias, los Estados Miembros deben cumplir con sus obligaciones relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes.

⁹¹³ CARLIER, J-Y; LEBOEUF, L., “The X. and X. case: Humanitarian visas and the genuine enjoyment of the substance of the rights, towards a middle way?”, *EUmigrationlawblog* de 27 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/the-x-and-x-case-humanitarian-visas-and-the-genuine-enjoyment-of-the-substance-of-rights-towards-a-middle-way/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁹¹⁴ MORENO-LAX, V. “Asylum Visas as an obligation...”, cit. supra.

⁹¹⁵ Según datos del ACNUR, a 30 de septiembre de 2019 figuraban en sus registros 919.578 refugiados. *Vid.*, <https://data2.unhcr.org/en/situations/syria/location/71> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

Sin embargo, el TJUE, de una manera que ha sido calificada incluso como hipócrita⁹¹⁶, se ha decantado claramente a favor de los intereses de los Estados Miembros en su sentencia sobre el asunto *X y X*. En una extraña carambola jurídica, el TJUE admite primero su competencia para responder a la cuestión planteada porque las solicitudes de visado fueron presentadas “inequívocamente”⁹¹⁷ en virtud del artículo 25 del Código de Visados, para posteriormente negar que supongan una aplicación de dicho Código⁹¹⁸. Y ello porque, dado que el Código de Visados únicamente regula los visados de corta duración y los solicitantes pretendían permanecer más tiempo, sus solicitudes únicamente estarían sujetas al derecho nacional⁹¹⁹ y, por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación de la Carta.

Este argumento excesivamente formalista supone una oportunidad perdida para garantizar el acceso al asilo por vías legales y seguras. En nuestra opinión, cabría calificarlo incluso de poco valiente, pues ha evitado al TJUE pronunciarse sobre el fondo del asunto sobre el que extensamente argumentó el Abogado General en sus conclusiones. Si bien es cierto que no corresponde al TJUE ejercer de legislador, sí que puede y debe esperarse de esta institución que ejerza su función de garante del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (artículo 19.1 TUE) ofreciendo una solución que permita aplicar el derecho derivado vigente respetando los derechos fundamentales de la Carta. Además, supone un palo más en la rueda de los esfuerzos para desarrollar fórmulas de visado humanitario que permitan acceder de manera segura y legal al territorio de la UE con la intención de solicitar el asilo⁹²⁰

Lo que resulta todavía más preocupante: la Comisión Europea no considera que sea necesaria una reforma de la política de visados con el objetivo de facilitar el acceso al asilo. Tal es la conclusión que debe extraerse de su Comunicación de 2017 sobre el cumplimiento de la Agenda⁹²¹, en la que las dos principales líneas de actuación para

⁹¹⁶ CARLIER, J-Y; LEBOEUF, L., “The X. and X. case...”, cit. supra, *in fine*.

⁹¹⁷ *X y X*, §36.

⁹¹⁸ *Ibid.*, §43.

⁹¹⁹ *Ibid.*, §44.

⁹²⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa Fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 57, 2017, pp. 433-472.

⁹²¹ *Cit. supra*, pp. 20-22.

“potenciar las vías legales” pasan por el reasentamiento y la colaboración con el sector privado, en particular para el acceso a Europa de migrantes económicos según las necesidades del mercado. Una muestra más del doble enfoque de la migración claramente influido por el neoliberalismo. De un lado, las personas migrantes irregulares suponen una amenaza para la seguridad que debe ser contrarrestada. De otro, únicamente dejan de ser consideradas como peligrosas cuando el mercado necesita de su fuerza de trabajo, convirtiéndose así en bienes al servicio de la economía capitalista. Para aquellos que suponen una “carga” para la economía -como es el caso de los solicitantes de asilo-, la respuesta es el fortalecimiento de la frontera.

6. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN, CUATRO AÑOS DESPUÉS

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, la Agenda Europea de Migración ha sido un fracaso. No se han producido avances significativos en su protección, pues siguen sin existir una verdadera operación a nivel europeo de salvamento y rescate marítimos, un sistema funcional y justo de asignación de la responsabilidad sobre las solicitudes de asilo o vías legales y seguras para acceder al asilo desde los países de origen. Es más, incluso se han producido importantes retrocesos. Buena prueba de ello son el -ya prácticamente difunto- acuerdo entre la Unión Europea y Turquía o la cooperación con Libia, un Estado que ha demostrado ser extremadamente peligroso para los migrantes y refugiados.

El balance no es mucho más optimista en otros aspectos. Políticamente, la gestión de la crisis del Sistema Europeo Común de Asilo ha profundizado las diferencias entre los Estados Miembros, como se ha escenificado con ocasión del mecanismo de reubicación de emergencia de 2015. El incremento en los últimos meses de las llegadas a España y, sobre todo, Grecia, hace dudar de la eficacia de un sistema temporal de reubicación limitado al Mediterráneo central como el que ciertos Estados han planteado en septiembre de 2019, pudiendo convertirse en una nueva fuente de conflictos entre los Estados Miembros.

Está por ver cuál será la posición de la nueva Comisión Europea, presidida por la alemana Ursula von der Leyen. De un lado, su discurso como candidata ante el Parlamento Europeo invita a tener esperanzas sobre corredores humanitarios establecidos junto al ACNUR, reformas del sistema de Dublín encaminadas a la solidaridad entre Estados Miembros y un firme compromiso con el europeísmo y la profundización en la

integración⁹²². Del otro, su intención de incluir las políticas migratorias en una cartera llamada “Defensa de nuestro modo de vida europeo” resulta preocupante en sus similitudes discursos más cercanos al nativismo y la xenofobia que a la integración y solidaridad.

Además, las menciones a las personas LGBTI solicitantes de asilo en este capítulo han sido escasas porque la atención a este colectivo brilla por su ausencia en el grueso de las políticas y propuestas que se han elaborado a raíz de la Agenda Europea de Migración. La aparente falta de preocupación por este grupo de solicitantes de asilo no es una novedad. Como se expondrá en el capítulo posterior, los principales instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo -las Directivas de reconocimiento, procedimientos y acogida- no han tenido en cuenta suficientemente las necesidades particulares de este colectivo.

⁹²² CE, Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission, 16 de julio de 2019, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_19_4230 (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

CAPÍTULO 4: LAS PERSONAS LGBTI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

Con toda probabilidad, Europa es la región del mundo con un mayor nivel de protección para las personas LGBTI, un logro que puede atribuirse en gran parte al sistema multinivel de protección de los derechos humanos que se ha desarrollado en este continente. Si bien los primeros grandes avances se debieron a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Unión Europea también ha jugado un papel esencial desde entonces, particularmente en la construcción del derecho a no sufrir discriminación por razón de su orientación sexual y, en menor medida, su identidad de género.

Sin embargo, los derechos de un grupo concreto de personas LGBTI no han recibido la misma atención por parte de las instituciones de la UE: los solicitantes de asilo LGBTI. Aunque la Directiva de reconocimiento admita la persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género, lo cierto es que la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo no refleja con la suficiente claridad las necesidades de las personas LGBTI solicitantes de asilo. En ocasiones, la legislación -o la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de ella- incluso perjudica a este colectivo de manera particular. A la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, que incluye una obligación de tener en cuenta las cuestiones de orientación sexual e identidad de género en todas las políticas y normas de la Unión Europea, analizaremos cómo la normativa del SECA -en particular, las Directivas de reconocimiento, procedimientos y acogida- responde a los problemas y necesidades de este grupo de solicitantes de asilo. Además, estudiaremos las últimas propuestas de modificación de estos instrumentos elaboradas en el marco de la Agenda Europea de Migración, concluyendo que, desafortunadamente, no suponen una mejora sustancial para las personas LGBTI solicitantes de asilo.

1. LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS LGBTI EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. Primeros pasos: la labor pionera del Parlamento Europeo.

Simultáneamente a los primeros avances en la protección de las personas LGBTI conseguidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la actividad recomendatoria del Consejo de Europa, la situación de este colectivo comenzó a preocupar a las instituciones de la entonces Comunidad Europea. Si bien, como se verá,

el Tratado de Ámsterdam supuso un punto de inflexión fundamental, a lo largo de los años ochenta y noventa el Parlamento Europeo se pronunció en varias ocasiones a favor de promover los derechos de las personas LGBTI y en contra de la discriminación que sufren en numerosos ámbitos de sus vidas.

Así, comenzó a manifestar su interés en la cuestión en 1984, en su Resolución de 13 de marzo de ese año sobre la discriminación sexual en el puesto de trabajo⁹²³. Centrada en la discriminación por razones de orientación sexual, tiene un doble punto de partida jurídico. De un lado, los potenciales riesgos para la libertad de circulación de los trabajadores homosexuales que implican las leyes discriminatorias de los Estados Miembros. El Parlamento menciona expresamente el artículo 117 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, según el cual la armonización de los sistemas sociales derivada de la instauración de un mercado común debe tener entre sus objetivos la mejora en las condiciones laborales y de vida de los trabajadores. Con el fin de cumplir con esta disposición, solicita a la Comisión de Asuntos Jurídicos que estudie en qué medida la criminalización de la homosexualidad o el establecimiento de diferentes edades mínimas para consentir las relaciones entre personas del mismo género en los Estados Miembros constituyen “barreras al derecho a la libre circulación y a la libertad de establecimiento como trabajadores por cuenta ajena o autónomos”. Esta argumentación ha sido criticada por implicar la subordinación a la política económica de la protección frente a la discriminación⁹²⁴. Sin embargo, el enfoque economicista de la Resolución probablemente responda a una cuestión estratégica, pues en 1984 el armazón competencial de las instituciones de la Comunidad impedía en gran medida tener en cuenta otras consideraciones⁹²⁵.

No obstante, la Resolución también parte de una visión de la discriminación por razones de orientación sexual como una cuestión de justicia social. En este sentido, defiende que la dignidad y la libertad del individuo -y no el trabajador- son esenciales para la democracia y la construcción de Europa, deplorando toda forma de discriminación

⁹²³ DOUE C 104, de 16 de abril de 1984, pp. 46-48.

⁹²⁴ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 39-45.

⁹²⁵ CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 46.

basada en sus “tendencias sexuales” (sic). Además, menciona expresamente la Recomendación 924 y la Resolución 756 del Consejo de Europa, así como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Dudgeon*, posicionándose a favor de la inclusión de los derechos de las personas LGBTI en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En línea con estos hitos de la protección jurídica a las personas LGBTI, exige a los Estados Miembros que supriman todas las leyes que criminalicen los actos homosexuales consentidos entre personas adultas, que apliquen la misma edad mínima para consentir a todo tipo de relaciones sexuales, que prohíban la llevanza de registros de personas homosexuales por parte de la policía u otras autoridades y que rechacen la clasificación de la homosexualidad como una enfermedad.

Cinco años después, el Parlamento se pronunció sobre otro colectivo integrante del grupo de LGBTI: las personas transgénero -transexuales en la nomenclatura utilizada por la Resolución-. Al contrario que la anterior, la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 1989⁹²⁶ se fundamenta exclusivamente en los derechos humanos. En concreto, en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, declarando que ambos deben abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la propia identidad de género, una rotundidad que merece la mejor de las valoraciones. Con el objetivo de promover el respeto a este derecho, la Resolución pide a los Estados Miembros que lleven a cabo una serie de acciones positivas. En primer lugar, que faciliten a las personas transexuales el acceso a un procedimiento de reasignación de sexo con cargo a la seguridad social que abarque todas las etapas de la transición: el autodiagnóstico, los reconocimientos y controles médicos necesarios, un seguimiento del comportamiento de las hormonas de la persona, la intervención quirúrgica y la asistencia psicoterapéutica y médica posterior, además del reconocimiento jurídico del cambio. En segundo lugar, que concedan prestaciones sociales a las personas transexuales que pierdan su trabajo o su vivienda por motivo de su transición. En tercer lugar, que asistan financieramente a las organizaciones de personas transgénero, desarrollen políticas activas de empleo centradas en ellas, creen consultorios para este colectivo y formen a sus funcionarios y fuerzas y cuerpos de seguridad sobre sus problemas. Además, solicita a la Comisión y al Consejo que aclaren que las directivas sobre igualdad entre hombres y mujeres también prohíben la

⁹²⁶ *DOUE C* 256 de 9 de octubre de 1989, pp. 33-35.

discriminación a las personas transgénero, y que la persecución por motivo de transexualidad debe ser considerada una causa de asilo.

Se trata de una lista de prioridades muy avanzada a su época, pues hasta años recientes apenas se han conseguido algunas de las metas que se marcaba. Por ejemplo, no ha sido hasta 2011 que la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo ha incluido la persecución por razones de identidad de género entre las posibles causas para acceder al asilo⁹²⁷. Tampoco la mayoría de las personas transgénero en Europa pueden acceder aún a un procedimiento de reasignación de sexo financiado públicamente⁹²⁸. Y, como analizaremos en otra sección, las Directivas de la Unión Europea sobre discriminación siguen sin proteger expresamente a las personas transgénero.

En 1994 el Parlamento adoptó una nueva Resolución⁹²⁹ sobre las personas LGBTI -en concreto, sobre la igualdad de derechos de los “homosexuales y de las lesbianas” (sic)-. Elaborada a partir de un informe presentado ese mismo año por la Sra. Claudia Roth, eurodiputada del grupo de los Verdes, la Resolución de 1994 recuerda levemente a la de 1984 al mencionar la libertad de circulación como una de las bases de la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual. Sin embargo y a diferencia de aquélla, el eje de la Resolución de 1994 se sitúa en los derechos humanos. Así, se posiciona inequívocamente a favor de que todas las personas tengan derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual. Con este fin pide a los Estados Miembros que eliminen todas las prohibiciones a las relaciones sexuales entre personas del mismo género, incluyendo las normas que establezcan diferentes edades de consentimiento en función de la orientación sexual, y que cooperen con las organizaciones LGBTI de la sociedad civil para realizar campañas de concienciación. Además, hace un llamamiento expreso al Reino Unido para que deje de discriminar a las

⁹²⁷ 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* L 337, de 20 de diciembre de 2011, pp. 9-26.

⁹²⁸ FRA, *Being trans in the European Union – comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014, p. 44. En el caso español, Andalucía fue la primera comunidad autónoma en incluir este procedimiento en la cartera de servicios de su sistema sanitario a través de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, *BOJA* 139, de 18 de julio de 2014.

⁹²⁹ *DOUE* C 61, de 28 de febrero de 1994, pp. 40-43.

personas homosexuales en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. No obstante, es en sus peticiones a la Comisión donde el Parlamento llega más lejos, pues solicita a ésta que elabore una recomendación que tenga, entre otros fines, acabar con la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes y con las restricciones a la adopción por las parejas homosexuales. El Parlamento se adelantó así a todos los Estados del mundo, pues ninguno había reconocido en 1994 ni el matrimonio⁹³⁰ ni la adopción. Esta mención a la adopción resulta especialmente interesante además porque la Resolución de 1994 remite a otra anterior relativa a una Carta Europea de Derechos del Niño⁹³¹. En ella se menciona expresamente el derecho de todos los niños a no sufrir discriminación por razones de orientación sexual, tanto por su propia orientación como por la de sus padres, prohibiéndose explícitamente la discriminación en el acceso a la educación pública por esta razón.

Si bien estas resoluciones son las más importantes de estos primeros pasos en la protección a las personas LGBTI en el ámbito de la Unión Europea, no son las únicas. Tras la Resolución de 1984, el Parlamento Europeo ha abogado por proteger a las personas homosexuales en otros ámbitos. Por ejemplo, en una Resolución de 1987 sobre personas sin hogar⁹³² defiende que se prohíba la discriminación por motivos de orientación sexual en el acceso a la vivienda. De interés específico para el tema de este trabajo, dos resoluciones de 1987⁹³³ y 1994⁹³⁴ hacen un llamamiento a aplicar la Convención de Ginebra de 1951 a las personas perseguidas por motivos de sexo u orientación sexual e incluir su protección en la política europea sobre refugiados, respectivamente. Estas resoluciones, junto a otra de 1996 sobre el respeto a los derechos humanos en la UE que insistía en que la discriminación por razones de orientación sexual es inaceptable, marcan la consolidación de una preocupación por los derechos de las personas LGBTI en el Parlamento Europeo en tanto que derechos humanos autónomos y no meras derivaciones de la libertad de circulación.

⁹³⁰ Sí otras formas de convivencia registrada, como observa la Resolución refiriéndose a Dinamarca.

⁹³¹ *DOUE* C 241, de 21 de septiembre de 1992, pp. 67-73.

⁹³² *DOUE* C 190, de 20 de julio de 1987, pp. 39-43.

⁹³³ *DOUE* C 99, de 13 de abril de 1987, pp. 167-171.

⁹³⁴ *DOUE* C 44, de 14 de febrero de 1994, pp. 106-110.

Todas ellas, aun teniendo una naturaleza eminentemente política y no siendo jurídicamente vinculantes, no debe menospreciarse el papel tan relevante que esta institución jugó en los albores de un área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin duda la labor del Parlamento Europeo denunciando la discriminación sufrida por las personas LGBTI y defendiendo sus principales reivindicaciones sentó las bases de un incipiente régimen protector para este colectivo.

1.2. Jurisprudencia temprana del TJUE sobre orientación sexual e identidad de género.

No obstante, las mencionadas resoluciones del Parlamento Europeo tienen una naturaleza política y no son en absoluto jurídicamente vinculantes, lo que se vio reflejado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el periodo previo a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam destacan dos sentencias en particular: los casos *P. contra S.* y *Grant*.

1.2.1. Discriminación laboral a una persona transgénero: el caso P. contra S.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo la ocasión de pronunciarse sobre un caso de discriminación a una persona LGBTI en su sentencia sobre el caso *P. contra S. y Cornwall County Council*⁹³⁵. En concreto, la sufrida por P., una mujer transgénero que trabajaba como administradora en un centro docente dependiente del condado de Cornwall, en Reino Unido. En abril de 1992 comunicó al jefe de estudios (S.) su intención de someterse a una intervención para reasignar su sexo, y poco después comenzó a vivir conforme a su género sentido vistiéndose y comportándose de la manera asociada habitualmente a una mujer. Además, pasó por varias operaciones para adecuar su aspecto físico a su identidad de género. Sin embargo, poco antes de la intervención para reasignar su sexo fue despedida, por lo que demandó a S. y al condado de Cornwall ante el Industrial Tribunal por lo que consideraba una discriminación por razón de sexo⁹³⁶.

Ante lo novedoso del caso, el tribunal británico decidió remitir dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la UE. Ambas giraban en torno a la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato

⁹³⁵ Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. contra S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170.

⁹³⁶ *Ibid.* §3-5.

entre hombres y mujeres en el ámbito laboral⁹³⁷, en concreto de sus artículos 1 y 3. El tribunal de remisión planteaba si el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo constituye una infracción de la Directiva y si la discriminación por razón de sexo prohibía tratar a un empleado de manera diferente por ser transexual. La cuestión se formuló en estos términos porque el tribunal de remisión consideró probado que la verdadera causa del despido fue el cambio de sexo de la demandante⁹³⁸.

Previamente a analizar la sentencia del Tribunal de Justicia, resulta de interés considerar la opinión que el Abogado General Giuseppe Tesauro defendió en sus Conclusiones. Reconociendo que se trataba de un caso novedoso y de gran importancia para la protección de los derechos fundamentales, el Abogado General Tesauro se posicionó a favor de considerar que la Directiva 76/207/CEE prohibía que una persona fuera despedida como consecuencia de haberse sometido a una intervención para reasignar su género o tener intención de hacerlo, pues supondría una forma de discriminación por razón de sexo.

Para llegar a esta conclusión se valió de dos argumentos principalmente. De un lado, que una interpretación evolutiva del Derecho de la UE resulta imprescindible para adaptarlo a los tiempos y evitar su desapego de las relaciones sociales que está llamado a organizar⁹³⁹. Tal interpretación exigía tener en cuenta la evolución que se había producido durante los años ochenta y noventa en los derechos de las personas trans en Europa y la tendencia a mejorarlos, la cual según el Sr. Tesauro se manifestaba tanto en la legislación de los Estados Miembros como en la jurisprudencia del TEDH⁹⁴⁰ y en la posición de las instituciones europeas (mencionando expresamente la Resolución del Parlamento Europeo de 1989 sobre la discriminación sufrida por las personas trans⁹⁴¹).

De otro lado, el Abogado General argumenta que la Directiva 76/207/CEE prohíbe la discriminación por “sexo”, concepto éste último que también debe ser definido en

⁹³⁷ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DOUE L 39, de 14 de febrero de 1976, pp. 70-72 (actualmente derogada).

⁹³⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauro, *P. contra S.*, ECLI:EU:C:1995:444, §6.

⁹³⁹ *Ibid.* §9.

⁹⁴⁰ *Ibid.* §10-13 *Vid.* Capítulo 1, 2.1.

⁹⁴¹ *Ibid.* §23.

términos actualizados. Frente a una concepción tradicional del sexo como hecho biológico que provoca la dicotomía hombre-mujer, el Sr. Tesauro propone entenderlo como convención social, de forma que el trato menos favorable sufrido por las mujeres no se debe a sus características físicas sino al papel que la sociedad les atribuye⁹⁴². Mediante esta argumentación el Abogado General propone introducir la concepción del género como construcción social defendida por los exponentes de la denominada teoría queer. Las personas trans son tratadas de manera desfavorable no por sus capacidades o su comportamiento, sino por el prisma negativo a través del cual son observados por el resto de la sociedad. Por tanto, el principio de igualdad exige que la discriminación por razón de sexo incluya todas las situaciones en las que el sexo es el factor determinante del trato diferenciado. Alegar que tanto las mujeres trans como los hombres trans reciben el mismo trato -desfavorable- y, por tanto, no existiría discriminación supone una interpretación excesivamente “formalista y una traición a la verdadera esencia” del principio de igualdad⁹⁴³. Finalmente, el Abogado General propone al Tribunal de Justicia que declare que la Directiva 76/207/CEE debe ser interpretada en el sentido de que prohíben el despido de una persona trans a causa de un cambio de sexo.

El Tribunal de Luxemburgo adoptó la misma conclusión sobre la base, *grosso modo*, de los mismos argumentos. Sin embargo, no llegó a desarrollarlos en profundidad, limitándose a señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la situación de las personas trans en el caso *Rees*, que el principio de igualdad es fundamental en el Derecho comunitario y que, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE no puede limitarse a las “discriminaciones derivadas de la pertenencia a uno u otro sexo”, sino que debe aplicarse a las que tengan causa en el cambio de sexo de las personas. El Tribunal desaprovechó así una oportunidad para introducir en su jurisprudencia las interesantes reflexiones sobre el género que formuló el Abogado General Tesauro, lo que, a nuestro juicio, limitó el alcance de *P. contra S.* en la protección a las personas LGBTI. Por un lado, porque la protección frente a la discriminación queda reducida a las personas trans que se sometan a una intervención de reasignación del género o tengan intención de hacerlo. Por otro, porque impidió extender la protección

⁹⁴² *Ibid.* §20.

⁹⁴³ Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauro, *P. contra S.*, cit. supra, §20-23.

frente a la discriminación por razón de sexo a las personas no heterosexuales, tal y como ocurrió en el caso *Grant*.

1.2.2. Discriminación laboral a una trabajadora homosexual: el caso *Grant*.

En 1998, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el caso *Grant contra South-West Trains Ltd.*⁹⁴⁴ (en adelante, *Grant*). En dicho asunto, una trabajadora de una empresa de transporte ferroviario británica solicitó a su empleadora el reconocimiento de unas ventajas incluidas en su contrato. Su petición se refería en particular a las reducciones en el precio de los billetes que la compañía ofrecía a las parejas de los trabajadores. De acuerdo con el reglamento de la empresa, podían beneficiarse de estas reducciones los cónyuges y las parejas “del otro sexo” que convivieran de manera estable durante al menos los dos años anteriores a la solicitud. La Sra. Grant, que en ese momento convivía con su pareja del mismo género, pidió que ésta pudiera acceder a esas reducciones. Sin embargo, la empresa rechazó su solicitud alegando que únicamente se concedían a las parejas entre personas de distinto sexo. La Sra. Grant demandó a la empresa ante un tribunal británico, el cual decidió plantear varias cuestiones al Tribunal de Luxemburgo. En términos generales, las cuestiones hacían referencia a si una normativa como la de la empresa demandada vulnera el principio de igualdad en la retribución (recogido en el antiguo artículo 119 del Tratado) y a si la discriminación por razón de sexo incluye aquella que tenga causa en la orientación sexual del empleado o el sexo de su pareja.

De nuevo, procede analizar en primer lugar las Conclusiones presentadas por el Abogado General. Para el Sr. Michael B. Elmer, en la Sentencia sobre el caso *P. contra S.* el Tribunal de Justicia desechó una interpretación del principio de igualdad basada en una comparación tradicional de las situaciones entre trabajadores de sexo femenino y masculino, centrándose en si la discriminación se basa esencialmente en el sexo⁹⁴⁵. Siguiendo esta lógica, el artículo 119 debe interpretarse en el sentido de que incluye todos los casos en los que el sexo hace que un trabajador o una trabajadora perciban una retribución menor⁹⁴⁶. Para el Abogado General, la normativa de la empresa demandada

⁹⁴⁴ Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd*, C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63 (“Grant”).

⁹⁴⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Michael B. Elmer, *Grant*, ECLI:EU:C:1997:449, §15.

⁹⁴⁶ *Ibid.* §16.

hace que la retribución de la demandante⁹⁴⁷ dependa tanto de su sexo, al exigir que sea opuesto al de la persona con la que convive, como del sexo de su pareja, al exigir que sea opuesto al de la trabajadora⁹⁴⁸. Por tanto, concluye que la normativa de la empresa sí es discriminatoria por razones de sexo.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechazó seguir las Conclusiones del Abogado General. Para el Tribunal, la empresa no excluyó a la Sra. Grant y a su pareja de las reducciones en el precio de los billetes por su orientación sexual, sino por no cumplir con los requisitos previstos en su normativa. Además, dicha normativa no sería discriminatoria por razón del sexo porque se aplica de igual forma a las mujeres que convivan con otras mujeres que a los hombres que conviven con otros hombres⁹⁴⁹. Esta conclusión choca frontalmente con la lógica seguida en el caso *P. contra S.*, en la que el Abogado General proponía -y el Tribunal aceptó- comparar la situación de la Sra. P. no con la de otras personas transgénero -pues todas ellas podían sufrir el mismo trato desfavorable- sino con la de aquellas que no se someten a un cambio de sexo o no tienen intención de hacerlo y, por tanto, no sufren ningún perjuicio por ello. Se aparta así de su propio criterio según el cual la discriminación por razón del sexo debe ser interpretada de forma amplia, incluyendo todas aquellas basadas fundamentalmente en razones de sexo. En suma, decide ignorar la concepción del género como convención social que sí tuvo en cuenta en *P. contra S.* con el resultado de excluir del principio de igualdad a las personas no heterosexuales -pues, como el propio Tribunal reconoce en la Sentencia, el Derecho comunitario vigente en ese momento no protegía frente a la discriminación por razones de orientación sexual⁹⁵⁰-. Un resultado que no sólo es contrario a la posición avanzada por el Tribunal en *P. contra S.*, sino también a la propia esencia de las normas antidiscriminación, que deben velar por corregir los desequilibrios entre los desfavorecidos y los favorecidos⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las ventajas en materia de transporte concedidas por la empresa en favor de sus empleados y sus cónyuges o las personas a su cargo, por razón de su trabajo, constituyen retribución a efectos del artículo 119, *Vid. Grant*, cit. supra, §13, citando la Sentencia de 9 de febrero de 1982, 12/81, *Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited*, ECLI:EU:C:1982:44.

⁹⁴⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Michael B. Elmer, *Grant*, cit. supra, §24.

⁹⁴⁹ *Grant*, cit. supra, §27-28.

⁹⁵⁰ *Ibid.* §47-50.

⁹⁵¹ BAMFORTH, N., "Sexual orientation discrimination after *Grant v. South-West Trains*", *Modern Law Review*, vol. 63-4, 2000, p. 703.

Tampoco parece claro que la decisión del Tribunal de Justicia en *Grant* sea coherente con el estado en el que se encontraba la cuestión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en 1998. En concreto, con la decisión del Comité de Derechos Humanos sobre *Toonen* y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre *Sutherland*. Como se analizó en el primer capítulo, ambas decisiones reconocen un derecho a no sufrir discriminación por razones de orientación sexual contenido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos, respectivamente. Si bien es cierto que el TEDH –al contrario que el Comité– no especifica si dicha discriminación debe encuadrarse en la discriminación por sexo, considera que el margen de apreciación de los Estados debe ser reducido en cualquier caso. Para el Tribunal de Justicia, sin embargo, estas decisiones –refiriéndose expresamente a *Toonen*⁹⁵²– no pueden ampliar las competencias de la Comunidad. Por tanto la interpretación del artículo 119 debe limitarse a su tenor literal, su objetivo, el lugar que ocupa en el sistema del Tratado y el contexto jurídico en que se integra⁹⁵³. A nuestro juicio, la argumentación del Abogado General Elmer relativa a que la discriminación por motivos de orientación sexual es, en esencia, una cuestión de género permite proteger a las personas no heterosexuales sin que se amplíen las competencias de la Comunidad más de lo que teóricamente lo habría hecho ya el Tribunal en *P. contra S.*

Dos décadas después, los efectos de estas dos sentencias siguen siendo palpables en el Derecho de la Unión. La principal consecuencia de *P. contra S.* y *Grant* fue separar jurídicamente dos causas distintas de discriminación: la identidad de género y la orientación sexual. Al distinguir las y, de manera más relevante, al excluir la orientación sexual de la discriminación por razón de sexo, el Tribunal influyó decisivamente en el camino que seguirían ambas en la normativa antidiscriminación. Mientras que la protección frente a la discriminación por motivos de identidad de género fue desarrollada principalmente a través de la jurisprudencia como parte de la discriminación por razón de

⁹⁵² Por alguna razón, el TJUE omite por completo el caso *Sutherland*, a pesar de que fue decidido casi un año antes de *Grant* y de que sí menciona varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más favorables a su línea argumentativa.

⁹⁵³ *Grant*, cit. supra, §47.

género, la basada en la orientación sexual sí encontraría cierto acomodo en el Derecho derivado de manera autónoma y explícita⁹⁵⁴.

1.3. De Ámsterdam a Lisboa: la protección a las personas LGBTI frente a la discriminación en el Derecho originario.

1.3.1. El Tratado de Ámsterdam.

Pese al “jarro de agua fría” que supuso *Grant* para la protección de las personas no heterosexuales, el Tribunal de Justicia no cerraba absolutamente la puerta a la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual. Al contrario, señalaba que el Tratado de Ámsterdam⁹⁵⁵, que entraría en vigor en 1999, permitiría al Consejo adoptar las medidas necesarias para suprimir esta forma particular de discriminación⁹⁵⁶. Se refería específicamente al artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, que tras el Tratado de Ámsterdam tuvo la siguiente redacción:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”

La importancia de esta disposición no es baladí, pues se trata de la primera mención a la orientación sexual en un tratado internacional⁹⁵⁷, pues ni siquiera el artículo 14 CEDH la incluye⁹⁵⁸. Constituye, por tanto, la primera autorización expresa a la Unión para actuar en este ámbito, si bien siempre dentro de sus competencias y con ciertas limitaciones. En primer lugar, no supone una prohibición general de la discriminación por los motivos mencionados, sino que se limita a autorizar al Consejo a adoptar acciones adecuadas para luchar contra ella. Como consecuencia, carece de efecto directo, al contrario que otras

⁹⁵⁴ DÍAZ LAFUENTE, J., “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 17, 2013, p. 3.

⁹⁵⁵ *DOUE C 340*, de 10 de noviembre de 1997.

⁹⁵⁶ *Grant*, cit. supra, §48.

⁹⁵⁷ PARMAR, S., “El Tratado de Ámsterdam”, en KRICKLER, K. (coord.), *La orientación sexual y la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam*, ILGA-Europa, Bruselas, 1999, p. 18.

⁹⁵⁸ SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, p. 315.

disposiciones sobre discriminación⁹⁵⁹. En segundo lugar, el procedimiento para adoptar acciones en este ámbito exige la unanimidad del Consejo y reduce al Parlamento Europeo a un papel consultivo⁹⁶⁰. Teniendo en cuenta las grandes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros -pues no todos habían legislado contra la discriminación por razones de orientación sexual⁹⁶¹- y la posición claramente más favorable a los derechos de las personas LGBTI del Parlamento Europeo -manifestada en diversas resoluciones-, el artículo 13 establece un procedimiento especialmente dificultoso para adoptar acciones de gran calado. En tercer lugar, no menciona la identidad de género o la reasignación entre las posibles discriminaciones frente a las que actuar. Si bien la jurisprudencia del TJUE en *P. v. S.* incluyó la discriminación sufrida por las personas que se someten a una intervención para reasignar su género en la discriminación por razón de sexo, la ausencia en la actualidad de instrumentos de Derecho derivado destinados expresamente a luchar contra la discriminación por motivos de identidad de género hace dudar sobre la conveniencia de no haber incluido esta razón en el Tratado de Ámsterdam.

A pesar de estos límites y críticas, no cabe duda de que se trata de un gran avance en los derechos de las personas LGBTI en el Derecho de la Unión Europea. Poco después de haberse ratificado el Tratado de Ámsterdam, su artículo 13 permitió la adopción de la Directiva 2000/78/CE⁹⁶², la primera en prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual, si bien tan sólo en el ámbito laboral. Y ello a pesar de que el artículo 13 permitía abarcar otras esferas de la vida en la que las personas sufren discriminación por motivos de orientación sexual.

1.3.2. *El Tratado de Niza.*

Si bien el punto de inflexión en la protección de las personas LGBTI que supuso el Tratado de Ámsterdam no se volvió a producir en el Derecho originario hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, deben señalarse algunos avances importantes. En 2001 el

⁹⁵⁹ MANZANO BARRAGÁN, I., “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 32-1, 2009, p. 155.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 155-156.

⁹⁶¹ PARMAR. S., “El tratado de Ámsterdam”, cit. supra, p. 19.

⁹⁶² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DOUE L 303*, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.

Tratado de Niza⁹⁶³ modificó el Artículo 13, añadiéndole un segundo apartado en el que relajaba el requisito de la unanimidad en ciertos supuestos. En concreto, prescribía que todas aquellas medidas comunitarias de estímulo destinadas a apoyar las acciones de los Estados Miembros emprendidas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual serían adoptadas a través del procedimiento de codecisión del artículo 251 -excluyendo, no obstante, toda armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados Miembros-. En virtud de este precepto se adoptaron varias decisiones, como la Decisión núm. 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006⁹⁶⁴, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) — Hacia una sociedad justa o la Decisión núm. 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006 , por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social — Progress⁹⁶⁵.

Al contrario que la Directiva 2000/78/CE, ambas decisiones extienden su ámbito de aplicación más allá de la discriminación en el empleo y la ocupación. En el caso de la Decisión sobre el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos, la discriminación en el ámbito laboral ni siquiera es una materia central, sino que se marca como objetivos “concienciar sobre el derecho a la igualdad”, “estimular un debate sobre las formas de aumentar la participación de los grupos víctimas de discriminación”, “celebrar la diversidad y la igualdad”, “suprimir los estereotipos”, etc.⁹⁶⁶. La Decisión sobre el programa Progress, más enfocada a las políticas activas de empleo, también incluye en su articulado objetivos relacionados con la aplicación del principio de no discriminación a todas las políticas comunitarias, sin especificar un área concreta. Dado que el artículo 13.2, base jurídica de estas Decisiones, tenía el mismo límite material que el artículo 13.1 -las competencias de la Unión-, podría inferirse que, a una mayor implicación del Parlamento Europeo en la toma de decisiones y una menor exigencia de unanimidad en el Consejo, mayor parece ser el alcance de las acciones de lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual.

⁹⁶³ *DOUE* C 80, de 10 de marzo de 2001.

⁹⁶⁴ *DOUE* L 146, de 31 de mayo de 2006, pp. 1-7.

⁹⁶⁵ *DOUE* L 315, de 15 de noviembre de 2006, pp. 1-8.

⁹⁶⁶ Decisión 771/2006/CE, Artículo 2.

1.3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A finales de los años noventa del siglo pasado, la falta de suficientes garantías de los derechos humanos en el Derecho comunitario ha sido históricamente una de las críticas más habituales desde la fundación de las Comunidades Europeas, que no incluyeron ningún compromiso formal a este respecto en sus respectivos Tratados constitutivos⁹⁶⁷. Una situación que, al prolongarse en el tiempo, avivó las críticas al déficit democrático de la UE⁹⁶⁸. Los escasos derechos reconocidos en el articulado de los Tratados se encontraban claramente subyugados a las necesidades de crear un mercado común, siendo meramente instrumentales a su consecución. El Tratado de Maastricht⁹⁶⁹ trataría de paliar esta situación incluyendo en el artículo F2 del Tratado de la Comunidad Europea el respeto a los derechos fundamentales, remitiéndose para determinar su alcance a los derechos garantizados por el CEDH y a los protegidos por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros. Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam elevaría este precepto a la categoría de principio común a la Unión Europea y a sus Estados Miembros en su artículo 6. Sin embargo, la Unión carecía de un catálogo propio de derechos fundamentales que permitiera reunir y expresar dichas tradiciones. La progresiva expansión de las competencias comunitarias a áreas especialmente propensas a afectar a los derechos humanos -como las relativas al control de fronteras o las migraciones- y la ulterior ampliación a Estados democráticamente jóvenes hacían imprescindible una mayor implicación de la Unión en su protección⁹⁷⁰. Con el fin de resolver estas cuestiones y tras un novedoso y complejo procedimiento⁹⁷¹, en el año 2000 fue proclamada en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF).

⁹⁶⁷ MANGAS MARTÍN, A., “El compromiso con los derechos fundamentales”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 31; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales...*, cit. supra, p. 5.

⁹⁶⁸ ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 16, 2003, p. 943.

⁹⁶⁹ DOUE C 191, de 29 de julio de 1992.

⁹⁷⁰ SPAVENTA, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, *Common Market Law Review*, Vol. 55, 2018, p. 1000.

⁹⁷¹ Para un estudio en profundidad del procedimiento por el que fue redactada la Carta y el contexto en el que fue elaborada, *Vid.* ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales...”, cit. supra, pp. 944-952; MANGAS MARTÍN, A., “El compromiso con los derechos fundamentales”, cit. supra, pp. 57-64. CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 9, 2001, pp. 7-26;

Previamente a introducirse en el contenido de la Carta, es necesario puntualizar que los derechos contenidos en ésta deben ser interpretados de manera coherente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 52, apartados 3 y 4). Es decir, el sentido y alcance de los derechos fundamentales comunitarios deben ser, como mínimo⁹⁷², los mismos que los de aquellos reconocidos por el Tribunal de Estrasburgo. Como consecuencia, ciertos preceptos de la Carta cobran una relevancia especial para las personas LGBTI. Es el caso del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7), muy vinculado al respeto a la orientación sexual y al libre desarrollo de la identidad de género en la jurisprudencia del TEDH⁹⁷³.

Sin embargo, otros preceptos de la Carta sí innovan con respecto al texto del CEDH en lo que respecta a los derechos de las personas LGBTI. En primer lugar, el artículo 9, que recoge el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio sin mencionar el género de los contrayentes. Se trata de una omisión intencional, como muestran las Explicaciones⁹⁷⁴ formuladas por el *Praesidium* de la Convención que elaboró la Carta. El objetivo de eliminar esa mención era modernizar el derecho para “abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia”, de forma que ni se prohíba ni se imponga el matrimonio entre personas del mismo género a los Estados Miembros. Las Explicaciones concluyen que, por tanto, se trata de un derecho similar al contenido en el artículo 12 CEDH pero potencialmente más amplio.

En segundo lugar, el artículo 21 CDF, que bajo la rúbrica “No discriminación” dispone que:

“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 41-56.

⁹⁷² MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales...*, cit. supra, p. 838-841.

⁹⁷³ Vid. el análisis de las sentencias del TEDH sobre los casos *Dudgeon*, *Modinos*, *Goodwin*... realizado en el primer capítulo de este trabajo.

⁹⁷⁴ Que fueron incorporadas a la Carta tras una actualización aprobada en 2007 para adaptarla al Tratado de Lisboa. Vid. *DOUE C 303*, de 14 de diciembre de 2007, pp. 17-35.

Tal y como indican las Explicaciones, el artículo 21 sería el equivalente al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no son idénticos, y una de sus diferencias principales radica en el último de los motivos de discriminación prohibidos que menciona expresamente: la orientación sexual. De acuerdo con las Explicaciones, también se inspira en el citado artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea. Ahora bien, no deja de ser un salto cualitativo respecto a este ya que el artículo 21 sí comporta una prohibición general de toda discriminación.

Sin embargo, esta mejora en la protección de las personas LGBTI debe ser matizada, pues la Carta de Derechos Fundamentales no gozaba de obligatoriedad jurídica al momento de ser promulgada. A pesar de que la intención desde la concepción de la Carta fuera su inclusión en los Tratados con vistas a una eventual Constitución Europea⁹⁷⁵, no se procedió a la misma con el Tratado de Niza. Por tanto, al ser promulgada la Carta ni la prohibición de discriminación del artículo 21 ni ningún otro de los derechos contenidos en ella vinculaban formalmente ni a las Instituciones y órganos comunitarios ni a los Estados Miembros que aplicasen el Derecho comunitario (como prevé su artículo 51). Una vez constatada su falta de obligatoriedad, no deben despreciarse los otros efectos jurídicos y políticos de la Carta, sobre todo si se tiene en cuenta el proceso de constitucionalización de la integración europea en el que se elaboró⁹⁷⁶ -que culminaría en el fracasado proyecto de Constitución Europea-. En este sentido, se ha señalado que la Carta fue redactada “como si” fuera a tener efectos vinculantes⁹⁷⁷. Esta circunstancia, unida a su vocación eminentemente codificadora y de condensación de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros⁹⁷⁸, resalta la importancia de incluir la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 21, pues

⁹⁷⁵ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa – la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.

⁹⁷⁶ ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales...”, cit. supra, p. 949; VECA, S., “A proposito della ‘Carta dei diritti fondamentali’ dell’Unione Europea”, *Iride*, Vol. 1, 2001, pp. 5-12.

⁹⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico...”, cit. supra, p. 14; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (dir.), *Instituciones de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 97.

⁹⁷⁸ *Ibid.* p. 19.

ni el CEDH ni ninguna de las Constituciones de los Estados Miembros contenían una cláusula tan explícita cuando la Carta fue redactada⁹⁷⁹.

1.3.4. *El Tratado de Lisboa.*

Tras el fracaso de la Constitución Europea, la necesidad de avanzar en el proceso de integración europea culminó en 2007 con la firma en Lisboa de un nuevo Tratado⁹⁸⁰, compuesto por el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Incluye una importante novedad en el ámbito de los derechos humanos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere obligatoriedad jurídica. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 6 TUE, “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados” en la Carta, que “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Es decir, adquiere plena fuerza vinculante desde la entrada en vigor del Tratado en 2009 por vía de referencia⁹⁸¹. Como consecuencia de esta nueva naturaleza, el derecho a no sufrir discriminación del artículo 21 CDF adquiere una renovada y mayor entidad.

La nueva fuerza del artículo 21 hace imprescindible analizar su encaje con el artículo 19 TFUE, correspondiente al ya analizado artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea con anterioridad a Lisboa y que consagra el principio de no discriminación en el Derecho de la Unión. El contenido del artículo 19 TUE ha sido modificado una vez más tras su creación con el Tratado de Ámsterdam y el añadido de su segundo apartado con el de Niza. Tras el de Lisboa, su redacción es la siguiente:

“1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y

⁹⁷⁹ Si bien Suecia, Portugal y Malta incluyeron en sus Constituciones una prohibición expresa de la discriminación por motivos de orientación sexual en 2003, 2005 y 2014, respectivamente, *Vid.* RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, p. 233.

⁹⁸⁰ *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007.

⁹⁸¹ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa...”, *cit. supra* p. 121.

reglamentarias de los Estados Miembros, para apoyar las acciones de los Estados Miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”

En lo que respecta a su primer apartado, aunque se mantenga la necesidad de seguir un procedimiento especial marcado por la regla de unanimidad en el Consejo, por primera vez el Parlamento no se limita a jugar un papel meramente consultivo. Al contrario, para adoptar acciones encaminadas a la lucha contra la discriminación debe recabarse la aprobación del Parlamento Europeo. Además, el artículo 48.7 TUE permite al Consejo Europeo autorizar al Consejo adoptar por mayoría cualificada o a través del procedimiento legislativo ordinario aquellos actos para los cuales los Tratados prevean la unanimidad o un procedimiento especial, respectivamente. Por tanto, el Tratado de Lisboa ha traído consigo una mayor facilidad para aprobar nuevas acciones destinadas a garantizar el derecho a no sufrir discriminación por razones de sexo u orientación sexual. Al menos, teóricamente, pues desde su entrada en vigor no ha sido aprobado ningún nuevo Reglamento o Directiva en virtud del artículo 19.1 TFUE⁹⁸².

De acuerdo con las Explicaciones de la Carta -que por mor de los artículos 6.1 TUE y 52.7 CDF adquieren la categoría de criterio interpretativo de los derechos contenidos en ésta-, los artículos 21.1 CDF y 19.1 TFUE no se contradicen ni son incompatibles, pues tienen objetivos y alcance diferentes. De un lado, el artículo 19.1 TFUE permite a la Unión adoptar actos legislativos destinados a combatir la discriminación por los motivos enumerados en dicho artículo en cualquier ámbito en el que tenga competencia. Del otro, el artículo 21.1 CDF no confiere competencia alguna a la UE, pues la Carta no puede crear nuevas competencias para la Unión ni modificar las otorgadas por los Tratados (arts. 51 CDF y 6.2 TUE). Además, su ámbito de aplicación se limita a los actos de las instituciones, órganos y organismos de la UE y a los Estados Miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51 CDF)⁹⁸³. De modo que, a pesar de adquirir fuerza

⁹⁸² En cambio, sí que se ha adoptado una Recomendación, si bien no relacionada con la discriminación por razones de sexo u orientación sexual sino dirigida a mejorar la integración de las personas de etnia gitana en Europa. *Vid.* Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 2013, relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados Miembros, *DOUE C 378*, de 24 de diciembre de 2013, pp. 1-7.

⁹⁸³ Una limitación que el Tribunal de Justicia ya adelantó en su sentencia sobre el caso *Grant*, *vid.* *Grant*, cit. *supra*, §45.

obligatoria con el Tratado de Lisboa, el artículo 21.1 no puede por sí sólo servir de fundamento jurídico a un acto legislativo de la Unión.

Con todo, la mejora en la protección a las personas LGBTI frente a la discriminación que trajo consigo el Tratado de Lisboa no se limita al nuevo carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales. Los Tratados han creado una nueva obligación para la Unión Europea consistente en integrar la lucha contra la discriminación por motivos de identidad de género u orientación sexual en todas sus políticas y acciones (*mainstreaming*)⁹⁸⁴.

Esta “perspectiva LGBTI” tiene un doble fundamento jurídico en el Derecho de la Unión. De un lado, la igualdad, la no discriminación o el respeto a los derechos humanos y de las minorías son valores fundamentales de la Unión Europea (art. 2 TUE); la lucha contra la discriminación es, además, uno de los principales objetivos de la Unión (art. 3.3 TUE). De otro lado, el artículo 10 TFUE establece que la Unión “tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo (...) u orientación sexual” en la “definición y ejecución de sus políticas y acciones”. Por tanto, los Tratados no sólo incluyen una obligación negativa de no discriminar por estos motivos (art. 21.1 CDF) sino que también imponen a la Unión una obligación positiva de luchar contra ella⁹⁸⁵.

Tomando el concepto de *mainstreaming* elaborado por la Comisión en relación con la igualdad de género⁹⁸⁶, el profesor De Schutter propone aplicarlo a la lucha frente a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁹⁸⁷. Dicho concepto se basaría en tres elementos. En primer lugar, la lucha contra la discriminación debe ser transversal, es decir, ha de ser incorporada a todas las políticas y acciones del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En segundo lugar, debe ser proactiva y operar *ex ante*, influyendo en las normas y políticas desde su concepción. No sólo con el objetivo de evitar que tengan efectos discriminatorios por motivos de orientación sexual o identidad de género, sino para promover su protección. Y, en tercer lugar, ha de ser

⁹⁸⁴ DE SCHUTTER, O., *Exploring the Lisbon Treaty – new opportunities for equality and human rights applied to sexual orientation and gender identity*, ILGA-Europe, 2011, p. 20, disponible en <https://ilga-europe.org>

⁹⁸⁵ DÍAZ LAFUENTE, J., “La protección...”, cit. supra.

⁹⁸⁶ CEC, “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”, COM(96) 67 final, de 21 de febrero de 1996.

⁹⁸⁷ DE SCHUTTER, O., *Exploring the Lisbon Treaty...*, cit. supra, p. 20.

participativa, pues la Unión debería contar con la implicación de representantes del colectivo LGBTI en el diseño de sus normas y acciones.

2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

En el año 2015, la Comisión Europea publicó una “Lista de acciones” necesarias para avanzar en pos de la igualdad de las personas LGBTI⁹⁸⁸. En ella, la Comisión señala entre sus prioridades garantizar que toda la legislación de la Unión cumple con los derechos fundamentales y, en particular, con el derecho a no sufrir discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁹⁸⁹ consagrado en el artículo 21 CDF. Con este fin, analiza de manera comprehensiva todas las materias que considera relevantes para las personas LGBTI y elabora anualmente informes. Entre dichas materias menciona expresamente la política de asilo. En esta área, la Lista propone que las consideraciones de orientación sexual e identidad de género sean incorporadas en el trabajo diario de la Comisión y de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), en particular en lo referido al seguimiento de la transposición de las directivas del SECA⁹⁹⁰. Otras acciones relevantes para la protección internacional de las personas LGBTI propuestas por la Comisión son apoyar a los Estados Miembros en la lucha contra la discriminación de este colectivo, mejorar la información disponible sobre ellas e introducir la perspectiva LGBTI en la acción exterior de la Unión⁹⁹¹.

Con posterioridad a la publicación de esta Lista, la Comisión Europea ha elaborado anualmente informes de seguimiento⁹⁹². Sin embargo, en ninguno de ellos desgrana qué

⁹⁸⁸ CE, *List of actions by the Commission to advance LGBTI equality*, 2015, disponible en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/list-actions-advance-lgbti-equality_en (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁹⁸⁹ A pesar de que el artículo 21 no menciona expresamente la identidad de género, la Comisión la incluye expresamente entre las causas prohibidas por dicho precepto, *vid.* CE, *List of actions...*, cit. supra, p. 5.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁹⁹¹ Siguiendo así unas directrices elaboradas por el Servicio Europeo de Acción Exterior, *vid.* EEAS, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons*, 2013, disponible en <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/137584.pdf> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁹⁹² CE, *Annual Report 2016 on the List of actions to advance LGBTI equality*, 2016; *Annual Report 2017 on the List of actions to advance LGBTI equality – Leading by example*, 2017; *Annual Report 2018 on the*

avances concretos se han conseguido en lo que respecta a la protección de los solicitantes de asilo LGBTI ni recomienda la adopción de acciones para satisfacer sus necesidades específicas. En su lugar, se limita a recoger ciertas actuaciones de la EASO encaminadas a adoptar una perspectiva LGBTI en el ejercicio de sus funciones. Entre ellas, prestar apoyo práctico a los Estados Miembros para identificar a las personas con necesidades especiales de acogida, mejorar la formación en materia de género, orientación sexual e identidad de género del personal encargado de las solicitudes y de la acogida de solicitantes o incluir en sus informes de los países de origen información específica sobre la situación de las personas LGBTI⁹⁹³.

Como ha sido expuesto en el epígrafe anterior, la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género debe ser tenida en cuenta como principio rector en todas las normas y políticas de la Unión Europea. Esto incluye, lógicamente, las relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, en particular, la política común de asilo y los instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Con el objetivo de valorar el cumplimiento de este principio en el Derecho de la Unión Europea, la legislación en materia de asilo debe ser analizada para evaluar la respuesta que ofrece a los distintos problemas a los que se enfrentan las personas LGBTI solicitantes de asilo, así como aquéllos surgidos como consecuencia de su aplicación.

2.1. Evaluación de las solicitudes de protección internacional por motivos de orientación sexual o identidad de género.

2.1.1. Las personas LGBTI como grupo social determinado en el SECA.

Al igual que en la Convención de Ginebra, uno de los motivos de persecución que pueden fundamentar una petición de protección internacional en un Estado Miembro de la UE es la pertenencia a un determinado grupo social. Sin embargo, la Directiva de reconocimiento introduce una importante innovación respecto a dicho tratado, pues delimita qué rasgos debe presentar un colectivo para ser considerado como un grupo social determinado. En concreto, lo será si:

List of actions to advance LGBTI equality, 2018, disponibles en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/list-actions-advance-lgbti-equality_en (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

⁹⁹³ CE, *Annual Report 2016...*, cit. supra, p. 5.

“— los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y

— dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”⁹⁹⁴

De forma que, como se avanzó en un capítulo anterior, en el Sistema Europeo Común de Asilo no existen dos criterios alternativos -como recomienda el ACNUR-, sino que se exige la concurrencia de ambos – el *ejusdem generis* y el de percepción social- para considerar que una determinada característica señala a un colectivo como un grupo social determinado a efectos de acceder a la protección internacional (como indica la conjunción “y”). El “criterio acumulativo”, que ha sido refrendado por la jurisprudencia del TJUE⁹⁹⁵, puede resultar especialmente gravoso para las personas LGBTI. En primer lugar, porque perjudica a colectivos que, como las personas bisexuales, pasan casi completamente desapercibidas, por lo que no tendrían una “identidad diferente” a ojos de su sociedad⁹⁹⁶, o, inversamente, a aquellas personas que, por miedo a represalias, esconden su orientación sexual o identidad de género⁹⁹⁷. En segundo lugar, porque considerar las experiencias de sexualidad o género como claramente delimitables en categorías fijas contrasta con el entendimiento actual de que, al contrario, pueden ser fluidas y haber variado de manera natural a lo largo de la vida de la persona⁹⁹⁸. En tercer lugar, porque asumir la orientación sexual y la identidad de género como inmutables refleja una visión culturalmente específica que no necesariamente puede extrapolarse a sociedades distintas de la occidental⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ Directiva de reconocimiento, art. 10.1 d).

⁹⁹⁵ Sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contra X e Y y Z contra Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 a 201/12, ECLI:EU:C:2013:720, (“X, Y y Z”) §45-49.

⁹⁹⁶ REHAAG, S., “Bisexuals need not apply: a comparative appraisal of refugee law and policy in Canada, the United States and Australia”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2/3, 2009, pp. 415-436.

⁹⁹⁷ VOGLER, S., “Legally Queer: the construction of sexuality in LGBQ asylum claims”, *Law & Society Review*, Vol. 50-4, 2016, p. 863.

⁹⁹⁸ DUSTIN, M.; HELD, N., “In or out? A Queer Intersectional Approach to ‘Particular Social Group’ Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, p. 79.

⁹⁹⁹ MORGAN, D., “Not gay enough for the government...”, cit. supra, p. 151.

No obstante, la Directiva especifica en la segunda parte del artículo 10.1 d) que el género, la identidad de género y la orientación sexual pueden ser consideradas como características que definan un grupo social determinado, debiendo tenerse en cuenta “las circunstancias imperantes en el país de origen”. La Directiva se aparta aquí de lo prescrito por las *Directrices núm. 9* del ACNUR, según las cuales las personas LGBTI son miembros de grupos sociales determinados con independencia del criterio que se utilice para reconocer a dicho grupo¹⁰⁰⁰. Dicho precepto establece además que nunca podrá ser aplicado a “actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados Miembros”. Esta limitación -una clara referencia a la pedofilia y delitos de pederastia- ha sido criticada por ser ofensiva y perpetuar el estigma homófobo que vincula a las personas LGBTI con tales conductas¹⁰⁰¹. La expresión “orientación sexual” no debe ser utilizada jurídicamente para describir, siquiera de manera negativa, comportamientos para los cuales otros como “parafilia” o “trastorno parafilico” resultarían más indicados¹⁰⁰². Por tanto, al no ser la pedofilia una orientación sexual, resulta innecesario, ofensivo y estigmatizador que un instrumento de Derecho de la Unión Europea siga aludiendo a una inexistente relación entre ambas.

En lo que respecta a las mencionadas “circunstancias imperantes en el país de origen” y a su relación con el criterio acumulativo prescrito por el art. 10.1 d), el TJUE ha señalado un caso específico en el que debe entenderse la existencia de un grupo social determinado por razón de su orientación sexual. En el asunto *X, Y y Z*¹⁰⁰³, tres hombres procedentes de Sierra Leona, Uganda y Senegal solicitaron asilo en Países Bajos alegando ser perseguidos en sus países de origen por su orientación sexual. Entre otras razones, sus solicitudes se basaban en que las relaciones sexuales consensuadas entre hombres adultos son castigadas como delito por los Códigos Penales de los tres países¹⁰⁰⁴. A pesar de que

¹⁰⁰⁰ ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §45.

¹⁰⁰¹ ILGA, *Protecting the rights of LGBTI asylum-seekers and refugees in the reform of the Common European Asylum System*, diciembre de 2016, p. 4, disponible en www.ilga-europe.org; FERREIRA, N.; DANISI, C.; DUSTIN, M.; HELD, N., *The reform of the Common European Asylum System: fifteen recommendations from a sexual orientation and gender identity perspective*, 2018, p.15 disponible en <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/76321/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁰⁰² OMS, *Clasificación internacional de enfermedades CIE-11*, disponible en <https://icd.who.int/es/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁰⁰³ *X, Y y Z*, cit. supra.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* §26.

las autoridades neerlandesas consideraron creíble que los tres hombres eran homosexuales, sus solicitudes fueron denegadas por no haber demostrado que, de volver a sus países de origen, sufrirían persecución por razón de su orientación sexual. Tras ser recurridos ante la justicia -con distinto resultado-, los tres casos llegaron al Consejo de Estado de Países Bajos (“Raad van State”), el cual decidió plantear ante el Tribunal de Luxemburgo una serie de cuestiones con carácter prejudicial.

La primera de estas cuestiones versaba sobre si las personas homosexuales pueden ser consideradas un grupo social determinado de acuerdo con el artículo 10.1 d). Para responder, el Tribunal desgrana ambos requisitos del test acumulativo y los analiza por separado. En relación con el primero de ellos, determina que, dado que el propio artículo menciona expresamente la orientación sexual, ésta debe ser entendida como una característica tan fundamental la identidad de la persona que no se le puede exigir que renuncie a ella¹⁰⁰⁵. En lo que respecta al segundo criterio -el de la percepción social-, el Tribunal entiende que la existencia de legislación penal que castiga específicamente a las personas homosexuales es prueba suficiente de que la sociedad les considera como diferentes al resto¹⁰⁰⁶. A pesar de que el resultado de su argumentación es positivo para la protección de las personas LGBTI, el caso *X, Y y Z* es una oportunidad perdida para que el Tribunal interpretara el artículo 10 de una manera más coherente con la interpretación del ACNUR y sustituir así el criterio acumulativo por una aplicación alternativa de ambos¹⁰⁰⁷.

A nuestro juicio, *X, Y y Z* deja abierta una cuestión de gran relevancia práctica para la consideración del colectivo LGBTI como grupo social determinado en un país concreto. Según la organización ILGA¹⁰⁰⁸, muchos Estados, sin mencionar explícitamente las relaciones entre personas del mismo género, las castigan mediante delitos tipificados como ofensas a la moral pública o la religión. Sería, por ejemplo, el caso de Egipto donde, aunque la homosexualidad no está prohibida de forma explícita, muchos hombres gays y bisexuales son encarcelados aplicando normas contra la

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* §46.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.* §48.

¹⁰⁰⁷ ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”?*, 2014, §38 disponible en <https://www.icj.org/x-y-and-z-a-glass-half-full-for-rainbow-refugees/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁰⁰⁸ RAMÓN MENDOS, L., *State sponsored homophobia 2019*, cit. supra.

prostitución, el libertinaje o el escándalo público¹⁰⁰⁹. O el de Arabia Saudí, donde, sin un Código Penal escrito que los prohíba expresamente, la aplicación de una interpretación estricta de la Sharía prevé la condena a muerte de los hombres que mantengan relaciones homosexuales y un Comité por la Propagación de la Virtud y la Prevención del Vicio arresta a las personas que expresan su género de maneras no normativas¹⁰¹⁰. El TJUE en la Sentencia sobre el caso *X, Y y Z* se refiere a aquella “legislación penal (...) cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales. Por tanto, no aclara cuál sería una correcta aplicación del artículo 10.1 d) para las personas procedentes de países en los que no existe una legislación que criminalice de manera expresa a las personas LGBTI, pero en los que el Estado persigue activamente a este colectivo mediante la aplicación de otras normas. En esos casos, no parece que la presunción establecida por *X, Y y Z* pueda ser aplicada, por lo que se incrementaría la carga de la prueba de la solicitante. Un problema que se habría evitado si el TJUE hubiera descartado el test acumulativo aplicando la misma interpretación que el ACNUR.

2.1.2. Las declaraciones de las personas LGBTI solicitantes de asilo como medio de prueba: el test de credibilidad en el SECA.

Como se ha expuesto en un capítulo anterior, con frecuencia el único medio de prueba del que dispone una autoridad para decidir sobre una solicitud de protección internacional -además de la información sobre el país de origen- es el conjunto de declaraciones depuestas por la persona solicitante a lo largo del procedimiento. Su credibilidad sería, por tanto, la “piedra de toque” de muchas peticiones de asilo¹⁰¹¹. Especialmente, en el caso de las solicitudes presentadas por personas LGBTI, en las cuales un elemento central de la declaración en concreto acaba siendo evaluado principalmente por la credibilidad del solicitante: la orientación sexual o identidad de género que fundamenta su petición.

En el Sistema Europeo Común de Asilo, el “test de credibilidad” queda consagrado en el artículo 4.5 de la Directiva de reconocimiento. Según este precepto, en caso de que

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 517.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 467.

¹⁰¹¹ KAGAN, M., “Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 17, 2003, p. 367.

ciertos aspectos de la declaración de la persona solicitante no quedaran suficientemente acreditados, ésta quedaría exenta del deber de probarlos si concurren ciertas condiciones:

a) el solicitante ha realizado un “auténtico esfuerzo” por fundamentar su petición;

b) ha presentado todos los elementos pertinentes de los que disponga y ha dado una explicación satisfactoria de la falta de otros.

c) sus declaraciones se consideran “coherentes y verosímiles” y no contradicen “la información específica de carácter general disponible” relevante.

d) “el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así”.

e) el órgano decisorio considera comprobada la “credibilidad general del solicitante”.

Por tanto, si una persona que alega ser perseguida por razones de orientación sexual o identidad de género es juzgada como creíble, se le concederá el beneficio de la duda aun cuando no consiga corroborar sus propias declaraciones. En concreto, el artículo 4.5 recoge los dos indicadores utilizados más habitualmente por las autoridades y órganos decisorios en los procedimientos de protección internacional¹⁰¹²: la coherencia, tanto entre las diferentes declaraciones del solicitante como entre éstas y la información sobre su país de origen la que dispone la autoridad decisoria, y la verosimilitud de su testimonio. Sin embargo, no especifica cómo deben ser valorados por las autoridades de los Estados Miembros.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. En concreto, sobre los posibles límites que el Derecho de la Unión prevé para la evaluación de la credibilidad de una solicitud de asilo presentada por motivos de orientación sexual¹⁰¹³ en el caso *A, B y C*¹⁰¹⁴. En dicho asunto, tres nacionales de terceros países habían pedido el asilo en Países

¹⁰¹² SMITH-KHAN, L., “Different in the same way? Language, diversity and refugee credibility”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29-3, 2017, p. 392.

¹⁰¹³ La jurisprudencia del TJUE sobre solicitantes de asilo LGBTI se ha referido de momento únicamente a casos en los que los solicitantes de asilo alegaron temores fundados de sufrir persecución únicamente por esta razón. Sin embargo, nada obstaría en principio a su aplicación por analogía a los casos de persecución por motivos de identidad de género, incluida en el mismo precepto.

¹⁰¹⁴ Sentencia de 2 de diciembre de 2010, *A y otros contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406, (“A, B y C”).

Bajos alegando que temían fundadamente sufrir persecución por ser homosexuales, siéndoles denegado por motivos diversos relacionados con su credibilidad¹⁰¹⁵. “A”, que había presentado dos solicitudes y había propuesto someterse a un examen médico, vio su solicitud rechazada por “inverosímil”; “B”, por falta de credibilidad, pues -alegaba la autoridad decisora- un hombre homosexual procedente de una familia musulmana y de un país donde la homosexualidad no está aceptada debería poder expresar cómo siente y cómo aceptó su orientación sexual. Finalmente, el testimonio de “C” no fue considerado creíble porque manifestó su homosexualidad después de haberle sido denegado el asilo en otro procedimiento en el cual no la declaró. Además, la autoridad decisoria declaró que “C” no había sido capaz de responder a preguntas sobre el proceso por el cual fue consciente de su orientación sexual ni sobre las organizaciones LGBTI presentes en Países Bajos. Tampoco tuvo en cuenta la película presentada por “C” en la que aparecía realizando actos sexuales con otro hombre, pues consideró que no demostraba nada. En definitiva, el TJUE tenía ante sí un amplio abanico de modalidades de prueba utilizadas en muchos Estados Miembros¹⁰¹⁶ y se le interrogaba sobre la compatibilidad de éstos con el Derecho de la Unión Europea. Especialmente, con el artículo 4 de la Directiva de reconocimiento y con los artículos 3 y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales -que recogen el derecho a la integridad y al respeto de la vida privada, respectivamente-.

Según el Tribunal, la declaración de una determinada orientación sexual, debe ser “el punto de partida en el proceso de examen de los hechos y circunstancias” regulado por el artículo 4 de la Directiva de reconocimiento¹⁰¹⁷. Por tanto, puede ser objeto de evaluación por la autoridad decisoria, siempre y cuando respete las Directivas de reconocimiento y de procedimientos, así como la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰¹⁸. Para ello, es esencial que las autoridades adapten los métodos y modalidades de prueba en función de las características propias de la persona que solicita el asilo¹⁰¹⁹. Así lo prevé el artículo 4.3 de la Directiva de reconocimiento al establecer que una solicitud debe ser evaluada “de manera individual” y teniendo en cuenta su “situación particular y

¹⁰¹⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, *A, B y C*, ECLI:EU:C:2014:2111, (“*Conclusiones A, B y C*”), §21-24.

¹⁰¹⁶ *Vid.* JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*

¹⁰¹⁷ *A, B y C*, §49.

¹⁰¹⁸ *Ibid.* §52-53.

¹⁰¹⁹ *Ibid.* §54.

circunstancias personales”. Partiendo de esta premisa, el TJUE analiza en *A*, *B* y *C* una serie de medios de prueba y métodos de apreciación de las mismas: los interrogatorios y decisiones basados en estereotipos sobre los homosexuales, las preguntas sobre prácticas sexuales del solicitante, los exámenes médicos para demostrar la homosexualidad, la presentación de material gráfico en el que el solicitante aparezca manteniendo relaciones íntimas y la posibilidad de considerarle como poco creíble por el mero hecho de no invocar su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció.

2.1.3. Influencia de los estereotipos sobre las personas LGBTI solicitantes de asilo en el análisis de su credibilidad.

Como se ha expuesto en un capítulo anterior, las solicitudes de asilo presentadas por personas LGBTI conllevan el obstáculo de hacer verosímiles experiencias con frecuencia muy alejadas de las conocidas por quien realiza la entrevista o examina su solicitud. Esta cuestión es especialmente relevante en el SECA, pues la gran mayoría de las personas que solicitan asilo en los Estados Miembros de la UE provienen de países con culturas muy diferentes a las europeas¹⁰²⁰. Como consecuencia de esto corren el riesgo de que sus solicitudes sean evaluadas desde una perspectiva occidental¹⁰²¹ imbuida de prejuicios y estereotipos sobre la concepción del género y la sexualidad en otras sociedades, especialmente las del Sur global¹⁰²². La diversidad existente entre las personas solicitantes de asilo desaconseja que se emitan juicios sobre su credibilidad basados en meras especulaciones fruto de asumir la cultura y vivencias propias como valores universales¹⁰²³. Sin embargo, con frecuencia las autoridades de asilo de los Estados Miembros han recurrido a nociones estereotipadas sobre las personas LGBTI

¹⁰²⁰ Según la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, en agosto de 2019 la mayoría de las personas que solicitaron asilo en Europa provenían de Estados como Siria, Afganistán, Irak, Turquía, Nigeria, Venezuela o Irán, *vid.* <https://www.easo.europa.eu/latest-asylum-trends> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹⁰²¹ ADJIN-TETTEY, E., “Reconsidering the criteria...”, *cit. supra*, p. 131.

¹⁰²² En particular, cuando las experiencias de los solicitantes de asilo son reducidas a historias de “individuos huyendo de la represión en el Sur global a la libertad en el Norte global”, FOBEAR, K., “Queer settlers: questioning settler colonialism in LGBT asylum processes in Canada”, *Refuge*, Vol. 30-1, 2014, p. 51 (traducción propia).

¹⁰²³ HERLIHY, J.; GLEESON, K.; TURNER, S.; “What assumptions about human behavior underlie asylum judgements?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-3, 2010, pp. 351-366.

para valorar las solicitudes presentadas por razones de orientación sexual o identidad de género¹⁰²⁴.

En *A*, *B* y *C* pueden encontrarse varios ejemplos: asumir que una persona homosexual musulmana se sentiría de una forma determinada sobre su orientación sexual o que sería capaz de expresarla por el mero hecho de ser homosexual y de provenir de una sociedad profundamente homófoba; que un hombre perseguido por su orientación sexual no habría tenido relaciones sexuales nunca con una mujer o que tendría conocimiento de las organizaciones LGBTI en el país de acogida¹⁰²⁵. Y no son los únicos que son tenidos en cuenta por los sistemas de asilo nacionales. Otros ejemplos incluyen restar credibilidad al testimonio del solicitante por haber tenido hijos¹⁰²⁶, preguntar por los “bares gays” de su país de origen¹⁰²⁷ o por cómo “reconoce” un solicitante gay a otros homosexuales¹⁰²⁸, entre otros muchos.

En la Sentencia, el TJUE rechaza que una decisión sobre una solicitud de asilo pueda basarse únicamente en conceptos estereotipados, de forma que la falta de respuesta a una pregunta fundada en tales estereotipos no es por sí misma suficiente razón para desestimarla¹⁰²⁹. Y ello porque los prejuicios y las generalidades no permiten a las autoridades tener en cuenta la situación particular y circunstancias personales del solicitante. Sin embargo, admite que los estereotipos “pueden constituir un elemento útil” para la autoridad decisoria, una apreciación que no desarrolla y que se aparta de la argumentación de la Abogada General. En sus Conclusiones, la Sra. Sharpston argumenta que, dado que la Directiva de reconocimiento no excluye de su ámbito de aplicación ningún acto o expresión relacionado con la orientación sexual¹⁰³⁰, no podrían limitarse las actitudes o comportamientos que pueden considerarse propios de “homosexuales” ni examinar las solicitudes recurriendo a un “arquetipo homosexual” para contrastar las

¹⁰²⁴ FRA, *Current migration situation in the EU: lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers*, 2017, (“LGBTI asylum seekers 2017”), pp. 2-6.

¹⁰²⁵ *Conclusiones A, B y C*, §23.

¹⁰²⁶ España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 55/2018, 18 de marzo de 2019.

¹⁰²⁷ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 5.

¹⁰²⁸ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, p. 57.

¹⁰²⁹ *A, B y C*, §62-63

¹⁰³⁰ TJUE, *X, Y y Z*, §67.

declaraciones del solicitante¹⁰³¹. No existirían, por tanto, respuestas “correctas” o “incorrectas” a las preguntas basadas en estereotipos¹⁰³² porque el objetivo de la evaluación del testimonio del solicitante LGBTI no debe ser determinar inequívocamente su orientación sexual o identidad de género, sino evaluar su credibilidad para valorar si sus temores de sufrir persecución son fundados¹⁰³³.

El TJUE, al mencionar expresamente la posible utilidad de los estereotipos en algunos supuestos que no delimita, deja abierta la puerta a que los Estados Miembros consideren a un solicitante de asilo menos creíble si no responde a su idea de persona LGBTI -habitualmente condicionada por los estereotipos atribuibles a hombres gays blancos acomodados¹⁰³⁴-, con el consiguiente riesgo para la protección de este colectivo¹⁰³⁵. No obstante, debe reconocerse al Tribunal que, al declarar como contraria al Derecho de la UE que las decisiones de asilo se basen únicamente en nociones estereotipadas, haya puesto de manifiesto la necesidad de profundizar en la complejidad de las solicitudes presentadas por personas LGBTI, una tarea imprescindible para garantizar un análisis individualizado¹⁰³⁶.

2.1.4. Preguntas, demostraciones y documentos gráficos sexualmente explícitos.

En muchas ocasiones, el personal encargado de entrevistar a una persona LGBTI solicitante de asilo centra parte de su interrogatorio en conocer detalladamente sus prácticas sexuales. Recurren a preguntas explícitas sobre la posición sexual adoptada por el solicitante¹⁰³⁷, las razones por las que usó preservativo¹⁰³⁸ o el número de veces que se masturbaba¹⁰³⁹, entre otras. Este tipo de cuestiones suponen un doble problema. En primer

¹⁰³¹ TJUE, *Conclusiones A, B y C*, §64-66.

¹⁰³² *Ibid.*, §68.

¹⁰³³ *Ibid.*, §69.

¹⁰³⁴ MORGAN, D., “Not gay enough for the government...”, cit. supra, pp. 153-154.

¹⁰³⁵ DUNNE, P., “A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: fairer assessment procedures for gay and lesbian asylum applicants in the European Union”, *European Law Review*, 2015, pp. 411-423.

¹⁰³⁶ ROMANO, A., “Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol 2-2, 2015, p. 267.

¹⁰³⁷ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, p. 55.

¹⁰³⁸ GÓMEZ, E., “The post-ABC situation of LGB refugees in Europe”, *Emory International Law Review*, Vol. 30-3, 2016, p. 486.

¹⁰³⁹ VINE, J., *An Investigation into the Home Office's Handling of Asylum Claims Made on the Grounds of Sexual Orientation*, Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, Reino Unido, 2014, p. 25.

lugar, porque responden a estereotipos sobre las personas LGBTI. Ni todas las personas LGBTI viven su sexualidad de manera homogénea ni se encuentran más cómodas que las personas heterosexuales cisgénero si se ven obligadas a hablar sobre ellas. Además, especialmente cuando se refieren a homosexuales o bisexuales, reducen su identidad a la atracción sexual que sienten hacia otras personas, ignorando así la dimensión afectivo-emocional de la orientación sexual¹⁰⁴⁰.

En segundo lugar, estas preguntas suponen una clara vulneración de los derechos fundamentales de las personas LGBTI. Así lo considera el TJUE, que en el caso *A, B y C* las declaró contrarias al derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰⁴¹. Además, y tal y como argumenta la Abogada General, estas preguntas no sólo carecen de valor probatorio, pues cualquiera podría inventar la información necesaria para responderlas; sino que pueden ofender o intimidar a solicitantes de asilo *bona fide* y menoscabar su acceso a la protección internacional¹⁰⁴².

Similares argumentos pueden esgrimirse para no admitir la práctica de actos sexuales o la presentación de fotografías, grabaciones u otros documentos gráficos que reflejen dichos actos. Además de su escaso valor probatorio y el evidente menoscabo del derecho a la vida privada, pueden suponer una vulneración del derecho a la dignidad humana. Especialmente porque, al ser admitidos como prueba, pueden incentivar que otros solicitantes las presenten¹⁰⁴³, con el riesgo de convertirlas *de facto* en un requisito más para acceder a la protección internacional.

El TJUE ha sido más tajante negando la admisibilidad de estas pruebas que en el caso de las preguntas y apreciaciones basadas en estereotipos. No parece que la Sentencia *A, B y C* deje ninguna duda a este respecto. Sin embargo, todavía en 2019 es posible encontrar casos en los que la falta de “precisión” en las respuestas a preguntas sobre la vida sexual del solicitante y la ausencia de “soporte documental” que lo confirme ha

¹⁰⁴⁰ Principios de Yogyakarta, cit. supra, p. 6.

¹⁰⁴¹ TJUE, *A, B y C*, §64.

¹⁰⁴² TJUE, *Conclusiones A, B y C*, §63.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, §66; TJUE, *A, B y C*, §65.

servido para calificar su versión de los hechos como inverosímil y denegar así su petición¹⁰⁴⁴.

2.1.5. Exámenes médicos.

Como se ha expuesto, la persona solicitante de asilo se enfrenta a la situación de tener que probar -al menos, indiciariamente- la orientación sexual o identidad de género que alega para ser creída. Esta obligación debe ser matizada, pues los Estados Miembros tienen la obligación de cooperar activamente con el solicitante para recopilar todos aquellos medios de prueba pertinentes para establecer las circunstancias fácticas relevantes para la solicitud¹⁰⁴⁵. De modo que, además de evaluar la credibilidad de sus declaraciones, podrían valorarse otros medios de prueba extrínsecos a su declaración que puedan corroborarla. Una práctica detectada en los sistemas nacionales de asilo de varios Estados Miembros consiste en someter a las personas LGBTI a exámenes médicos o psicológicos para determinar su orientación sexual¹⁰⁴⁶.

El fundamento jurídico invocado para esta modalidad de prueba se encuentra en la Directiva de procedimientos. Así, según el artículo 10.3 d) el personal que examina una solicitud debe tener a su disposición el asesoramiento de expertos en ámbitos particulares, mencionado expresamente los temas médicos y de género. Además, el artículo 18.1 prevé que la autoridad decisoria puede disponer que el solicitante sea sometido a un reconocimiento médico en relación con signos que puedan denotar la persecución o daños graves sufridos en el pasado, siempre que lo considere necesario para evaluar su solicitud y con su consentimiento. Dicho reconocimiento debe ser realizado por profesionales sanitarios cualificados y se centraría en aquellos signos que denoten persecuciones pasadas o daños graves. A nuestro juicio, la aplicación de estos preceptos para justificar pruebas médicas dirigidas a demostrar la orientación sexual o identidad de género de una persona es muy cuestionable desde el punto de vista de los derechos humanos.

¹⁰⁴⁴ “(...) aunque el recurrente ofrece algunos datos de sus diferentes relaciones sexuales con otros hombres, el relato en este extremo carece de la precisión necesaria en orden a aceptar que se trata de un relato consistente y suficiente, cuyo relato además está ayuno de cualquier soporte documental o de otro tipo. Todo ello incide además en la verosimilitud del relato, que así resulta dañado en su credibilidad (...)”, España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 214/2018, de 5 de febrero de 2019.

¹⁰⁴⁵ Sentencia de 22 de noviembre de 2012, *M. contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros*, C-277/11, EU:C:2012:744, §65-66.

¹⁰⁴⁶ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 49.

En primer lugar, porque cuesta creer que existan “profesionales sanitarios cualificados” para determinar médicamente tales características de la persona. La Organización Mundial de la Salud ha excluido las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas de su Clasificación ante el amplio consenso científico de que no pueden ser considerados enfermedades¹⁰⁴⁷. Por tanto, entendemos que los profesionales sanitarios no pueden ser considerados “expertos” en esta materia a efectos del artículo 10.3 de la Directiva de procedimientos. La Abogada General Sharpston se posiciona en este sentido en el caso *A, B y C*, recordando que “no existe un reconocimiento médico aceptado que pueda aplicarse a la orientación sexual de una persona”¹⁰⁴⁸.

En segundo lugar, porque suponen *per se* una violación de los derechos fundamentales de las personas LGBTI¹⁰⁴⁹. De acuerdo con el Principio de Yogyakarta número 18:

“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género.”

Este Principio refleja un requisito que toda prueba médica debe cumplir para ser compatible con los derechos humanos: debe respetar el consentimiento libre e informado de la persona que se someta a ella. Así lo establecen, en el marco europeo, el artículo 3 CDF, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el artículo 3¹⁰⁵⁰ y 8 CEDH¹⁰⁵¹ o el artículo 5 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina¹⁰⁵². A pesar de que el artículo 18.1 de la Directiva de procedimiento tan sólo permite practicar un reconocimiento médico con el consentimiento de la persona que solicita el asilo, el contexto particular de este procedimiento dificulta que sea prestado libremente. Si a una persona LGBTI solicitante de asilo genuinamente necesitada de protección se le ofrece la

¹⁰⁴⁷ OMS, *Clasificación internacional de enfermedades CIE-11*, cit. supra.

¹⁰⁴⁸ TJUE, *Conclusiones A, B y C*, §60.

¹⁰⁴⁹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §65.

¹⁰⁵⁰ *Jalloh v. Germany* [GC], núm. 54810/00, §67-71, ECHR 2006-IX; *V.C. v. Slovakia*, núm. 18968/07, §106-120, ECHR 2011.

¹⁰⁵¹ *Vid. V.C. v. Slovakia*, cit. supra, §67-71; *Soares de Melo v. Portugal*, núm. 72850/14, §109, 16 de febrero de 2016.

¹⁰⁵² Convención para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad humana en la aplicación dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, adoptado el 4 de abril de 1997 y en vigor para diecisiete Estados de la Unión Europea.

posibilidad de someterse a un examen médico para determinar si su orientación sexual o identidad de género alegada son ciertas probablemente dará su consentimiento. De lo contrario, podría ser juzgada como no creíble, con el consiguiente riesgo de ser devuelta a su país de origen¹⁰⁵³. Como reconoce la Abogada General Sharpston, el solicitante es una “parte vulnerable” en el procedimiento de asilo y es dudoso que pueda prestar un consentimiento totalmente libre e informado¹⁰⁵⁴.

No obstante, incluso en el caso de que se asumiera que el consentimiento prestado por el solicitante es libre e informado un examen médico dirigido a determinar su orientación sexual o identidad de género podría constituir una violación de sus derechos fundamentales. De acuerdo con el artículo 52 CDF, toda interferencia que limite un derecho fundamental debe respetar el principio de proporcionalidad, lo cual exige -entre otros requisitos- que sea una medida necesaria. Al no ser posible corroborar médicamente la orientación sexual o identidad de género declarada, deben descartarse por innecesarias.

Además, ciertas pruebas médicas utilizadas con este fin pueden suponer un trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 4 CDF y vulnerar la dignidad humana (art. 1 CDF). Es el caso de la utilización de pletismógrafos para determinar la orientación sexual, una práctica registrada en 2010 en los procedimientos de asilo de la República Checa¹⁰⁵⁵. El pletismógrafo es un instrumento que mide los cambios en el tamaño de los órganos derivado de cambios en el flujo sanguíneo al mismo, en el volumen de aire que lo rodea, en su circunferencia, etc.¹⁰⁵⁶. La pletismografía sirve para cuantificar el deseo sexual experimentado por hombres (falometría) y mujeres (fotopletismografía vaginal) midiendo la respuesta fisiológica de sus genitales ante determinados estímulos gráficos¹⁰⁵⁷. Esta técnica ha sido utilizada habitualmente para investigar y diagnosticar enfermedades genitales¹⁰⁵⁸, pero también se han usado en el marco de las llamadas

¹⁰⁵³ FRA, *Homophobia, transphobia and discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, 2010, p. 60.

¹⁰⁵⁴ TJUE, *Conclusiones A, B y C*, §67.

¹⁰⁵⁵ FRA, *Homophobia, transphobia and discrimination...*, cit. supra, p. 59.

¹⁰⁵⁶ ORAM, *Testing sexual orientation: A scientific and legal analysis of plethysmography in asylum & refugee status proceedings*, ORAM – Organization for Refugee, Asylum & Migration, San Francisco, 2010, p. 3

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 1.

¹⁰⁵⁸ PRAS, E.; WOUDE, J.; WILLEMSE, P.; MIDDEN, M.; ZWART, M.; DE VRIES, E.; SCHULTZ, W.C., “Pilot study of vaginal plethysmography in women treated with radiotherapy for gynecological cancer”, *Gynecologic Oncology*, Vol. 91-3, 2003, pp. 540-546.

“terapias de conversión” para reprimir la homosexualidad¹⁰⁵⁹, para detectar y tratar parafilias¹⁰⁶⁰ o como prueba en la investigación de delitos sexuales¹⁰⁶¹.

Sin embargo, su empleo para determinar la orientación sexual de una persona -y, en concreto, la de un solicitante de asilo- ha sido duramente criticada. Primero, por no estar demostrada su eficacia probatoria. Además de que los resultados de la prueba pueden ser fácilmente manipulados por la persona que se somete a la misma¹⁰⁶², la complejidad de la sexualidad humana hace que los falsos positivos sean muy probables. Por ejemplo, un estudio de 2007 publicado en una revista de la Asociación Americana de Psicología sugiere que las mujeres heterosexuales reaccionan genitualmente de igual forma a imágenes de personas desnudas, con independencia de su género¹⁰⁶³. También, que la respuesta genital de los hombres cuando se les mostraban imágenes de relaciones sexuales entre dos personas se incrementaba tanto para los heterosexuales como los homosexuales, incluso cuando el estímulo visual no incluía a su género preferido¹⁰⁶⁴. Segundo, porque -al igual que el resto de los exámenes médicos con el mismo fin- su uso implica asumir que la orientación sexual es un fenómeno puramente sexual en sentido estricto, ignorando una vez más sus implicaciones afectivas y emocionales. Tercero, porque cuando se emplea para determinar la orientación sexual constituye un trato degradante contrario a los derechos humanos.

¹⁰⁵⁹ McCONAGHY, N., “Subjective and penile plethysmography responses following aversion-relief and apomorphine aversion therapy for homosexual impulses”, *British Journal of Psychiatry*, Vol. 115, pp. 723-730; ORAM, *Testing sexual orientation...*, cit. supra, p. 5.

¹⁰⁶⁰ LALUMIÈRE, M.; QUINSEY, V.; HARRIS, G.; RICE, M.; TRAUTRIMAS, C., “Are rapists differentially aroused by coercive sex in phallometric assessments?”, *Annals of New York Academy of Sciences*, Vol. 989-1, pp. 211-246; CHIVERS, M.; SETO, M.; LALUMIÈRE, M.; LAAN, E.; GRIMOS, T., “Agreement of self-reported and genital measures of sexual arousal in men and women: a meta-analysis”, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 39-1, 2010, pp. 5-56.

¹⁰⁶¹ PURCELL, M.; CHANDLER, J.; FEDOROFF, J.P., “The use of phallometric evidence in Canadian Criminal Law”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, Vol. 43-2, 2015, pp. 141-153.

¹⁰⁶² TROTTIER, D.; ROULEAU, J.; RENAUD, P.; GOYETTE, M., “Using eye tracking to identify faking attempts during penile plethysmography assessment”, *Journal of Sex Research*, Vol. 51-8, 2014, pp. 946-955.

¹⁰⁶³ CHIVERS, M.; SETO, M.; BLANCHARD, R., “Gender and sexual orientation differences in sexual response to sexual activities versus gender of actors in sexual films”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 93-6, 2007, pp. 1108-1121.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en una ocasión sobre este tipo de pruebas, si bien en otro contexto. En su Decisión sobre el caso *Toomey*¹⁰⁶⁵ la tercera sección del Tribunal de Estrasburgo resolvió sobre la admisibilidad del recurso presentado por el Sr. Michael John Toomey, quien había sido condenado en 1983 a cadena perpetua revisable por haber agredido físicamente a varias mujeres. Tras haber sido diagnosticado de una enfermedad mental, participó durante la década de los 90 en varios tratamientos y programas con el objetivo de superar una revisión de su condena que le permitiera mejorar su régimen de internamiento o, incluso, finalizarlo. En el curso de uno de esos tratamientos se recomendó practicarle una falometría para valorar las posibilidades de que volviera a delinquir, a pesar de no haber cometido delitos de naturaleza sexual¹⁰⁶⁶. Ante la naturaleza explícita e, incluso, violenta de las imágenes que se le presentaron -que incluían escenas de violación, delito del que él mismo había sido víctima-, el sr. Toomey recurrió ante el TEDH lo que consideraba un trato degradante contrario al artículo 3 CEDH.

Aunque el TEDH no admitió su solicitud por considerarla manifiestamente infundada, la Decisión sobre el caso *Toomey* es relevante para nuestro estudio porque delimita cuándo una falometría puede constituir un acto lo suficientemente humillante como para ser un trato degradante. Para que sea acorde al artículo 3 CEDH, la falometría debe cumplir con el criterio de proporcionalidad, es decir, debe ser utilizada cuando sea el método menos lesivo disponible, debe contar con el consentimiento libre e informado de la persona, debe ser necesario y debe tener un objetivo legítimo, que en el caso *Toomey* es un fin terapéutico. Por tanto, y aplicando estos criterios a las plestimografías empleadas para demostrar una orientación sexual en el procedimiento de asilo, podemos concluir que su uso es contrario al CEDH ya que carece de un objetivo legítimo al no estar demostrada científicamente su eficacia.

En el caso de los recurrentes de *A*, *B* y *C* no se planteó la realización de una falometría. Sin embargo, la Abogada General opinó sobre esta práctica a raíz de que el

¹⁰⁶⁵ *Toomey v. United Kingdom* (dec.), núm. 37231/97, 14 de septiembre de 1999.

¹⁰⁶⁶ El Sr. Toomey fue sometido a esta prueba por dos motivos. En primer lugar, porque en un breve periodo de libertad condicional adquirió ropa interior femenina y una revista pornográfica fetichista. En segundo lugar, por su “confusión sexual”, término utilizado por el gobierno británico en este caso para referirse a una relación homosexual que mantuvo en prisión y un periodo de “transexualismo” previos a una relación heterosexual “normal”. *Vid. Toomey*, cit. supra.

ACNUR y el gobierno alemán reflexionaran acerca de ella en sus observaciones escritas sobre el caso¹⁰⁶⁷, calificándola de “forma particularmente dudosa de comprobar la orientación sexual” y concluyendo que los artículos 3 y 7 CDF son contrarios a la misma -al igual que el resto de exámenes médicos con el mismo objetivo-. Aunque el TJUE en su Sentencia no la mencionó expresamente, sí que declaró que los exámenes médicos para demostrar la homosexualidad carecen de valor probatorio y que, además, pueden menoscabar el derecho a la dignidad humana garantizado por el artículo 1 de la Carta¹⁰⁶⁸.

Finalmente, es preciso aclarar que lo anteriormente expuesto se refiere únicamente a las pruebas médicas dirigidas a determinar una orientación sexual o identidad de género concretas. Sería precipitado y erróneo concluir que los solicitantes de asilo LGBTI no pueden ser sometidos a exámenes médicos conforme con lo previsto en las Directivas de reconocimiento y procedimientos. Al contrario, la intervención de profesionales médicos puede ser muy eficaz e incluso necesaria para valorar la credibilidad de las declaraciones del solicitante en relación con alegaciones distintas de su orientación sexual o identidad de género. Por ejemplo, en el caso específico de las personas transgénero, si la persona solicitante ha declarado haberse sometido a alguna intervención quirúrgica o tratamiento hormonal, un examen médico podría corroborarlo¹⁰⁶⁹. También podría ser eficaz para confirmar las características sexuales de una persona intersexual¹⁰⁷⁰, teniendo en cuenta que puede haber sufrido una intervención quirúrgica para reasignar forzosamente su sexo¹⁰⁷¹. No obstante, en ambos casos sería recomendable huir de una excesiva medicalización en la medida en que sea posible ya que, como en toda solicitud de asilo, el análisis de la autoridad decisoria debe centrarse en el temor fundado a sufrir persecución del solicitante, aun cuando no reúna la característica en la que se basa dicha persecución¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ TJUE, *Conclusiones A, B y C*, §62.

¹⁰⁶⁸ TJUE, *Sentencia A, B y C*, §65.

¹⁰⁶⁹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §65. Ahora bien, “el hecho de que un solicitante transgénero no se haya sometido a ningún tratamiento médico u otras medidas para ayudar a que su apariencia exterior coincide con la identidad preferida no se debe considerar como evidencia de que la persona no es transgénero”, *Ibid.* §63 iv.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* §65.

¹⁰⁷¹ CARPENTER, M., “The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change”, *Reproductive Health Matters*, Vol. 24-47, 2016, pp. 74-84.

¹⁰⁷² Art. 10 Directiva de Reconocimiento.

2.1.6. Exámenes psicológicos.

A pesar de la rotundidad con la que la Sentencia *A*, *B* y *C* descarta el uso de exámenes médicos para corroborar la orientación sexual o identidad de género alegada por el solicitante de asilo, lo cierto es que en los Estados Miembros se han seguido aplicando otras modalidades de prueba con problemas similares: los dictámenes periciales elaborados por profesionales de la psicología, sobre los cuales el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el asunto *F*¹⁰⁷³. En él, el señor F., un nacional de Nigeria había solicitado el asilo en Hungría debido a que temía volver a su país ya que, de hacerlo, correría un gran riesgo de ser perseguido por ser homosexual. Tras haber evaluado su credibilidad a través de varias entrevistas, la autoridad decisoria solicitó el asesoramiento de un psicólogo con el objetivo de corroborar su orientación sexual. Después de explorar al solicitante y de realizarle ciertos exámenes psicológicos (los tests de Roschard, del hombre bajo la lluvia y de Szondi), el psicólogo determinó que el Sr. F no era homosexual, por lo que el asilo le fue denegado. El solicitante impugnó esta decisión alegando que este tipo de exámenes vulneraban sus derechos fundamentales y, además, no servían para determinar la orientación sexual¹⁰⁷⁴.

Ante la duda sobre si ese tipo de pruebas eran compatibles con el derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional que conoció del caso presentó una cuestión prejudicial ante el TJUE. En particular, hacía dos preguntas relativas al artículo 4 de la Directiva de reconocimiento. En primer lugar, interrogaba al Tribunal de Justicia acerca de la posibilidad de recabar informes psicológicos basados en tests proyectivos -como los practicados en el Sr. F.- sobre las personas LGBTI solicitantes de asilo. En segundo lugar, se preguntaba si el artículo 4 era contrario a cualquier prueba pericial para evaluar la veracidad de las declaraciones del solicitante.

En cuanto a esta última pregunta, el Tribunal respondió que, dado que la Directiva de reconocimiento no limita los medios a los que pueden recurrir las autoridades para evaluar la credibilidad del solicitante, nada obsta a que recaben informes periciales con este fin. Ahora bien, siempre y cuando respeten el resto del Derecho de la Unión y, en

¹⁰⁷³ Sentencia de 25 de enero de 2018, *F. contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36 (“F”).

¹⁰⁷⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, *F*, ECLI:EU:C:2017:739, (“Conclusiones F”), §9-12.

especial, la Carta de Derechos Fundamentales, para lo cual es imprescindible que se adapten a las características propias de cada categoría de solicitantes de protección internacional¹⁰⁷⁵. Además, el artículo 4 de la Directiva de reconocimiento establece que toda evaluación de una solicitud de asilo debe referirse a todos los hechos relativos al Estado de origen al momento de haber sido presentada, a la información y documentos facilitados por el solicitante y sus circunstancias personales y situación particular. Por tanto, un informe pericial no puede constituir el único medio de prueba que sustente una decisión denegatoria del asilo ni su apreciación de las declaraciones del solicitante puede depender enteramente de él¹⁰⁷⁶.

En lo que respecta a la compatibilidad de los exámenes psicológicos con la Carta de Derechos Fundamentales, el Tribunal circunscribe su análisis al artículo 7 de la misma (*i.e.*, al derecho al respeto de la vida privada y familiar). En este sentido, el TJUE comienza descartando que el mero consentimiento por parte del solicitante de asilo sea suficiente para garantizar este derecho. Al igual que en los exámenes médicos, es dudoso que el consentimiento de una persona que se halla inmersa en un procedimiento de asilo sea verdaderamente libre teniendo en cuenta las posibles consecuencias a las que se enfrentaría en caso de negarse a facilitar alguna prueba¹⁰⁷⁷. Aunque el Tribunal no hizo esta apreciación en *A*, *B* y *C*, no parece haber obstáculo alguno a que se aplique el mismo razonamiento a los exámenes médicos, así como a cualquier otra prueba destinada a corroborar la orientación sexual o identidad de género declarada por el solicitante.

Una vez establecido que el consentimiento del solicitante por sí solo no garantiza que un examen psicológico respete los derechos fundamentales, el Tribunal analiza si este tipo de pruebas cumplen con el principio de proporcionalidad del artículo 52.1 cuando son utilizadas para determinar la orientación sexual. Es decir, no deben existir medios más onerosos para conseguir el objetivo de la prueba y, además, ésta debe ser necesaria y apropiada para tal fin¹⁰⁷⁸. Requisitos que, según el TJUE, no reúne un examen psicológico como los controvertidos. En primer lugar, porque se trata de una injerencia en la vida privada especialmente grave, pues pretende revelar una característica

¹⁰⁷⁵ *F*, §34-36

¹⁰⁷⁶ *Ibid.* §42.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* §52-53.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, §55-57.

perteneciente a la esfera más íntima de la persona, tal y como han establecido la jurisprudencia del TEDH y del propio TJUE¹⁰⁷⁹. Una intromisión que, además, está expresamente prohibida por el artículo 18 de los Principios de Yogyakarta¹⁰⁸⁰. En segundo lugar, porque ni siquiera se trata de una prueba indispensable, pues según el artículo 15.3 de la Directiva de procedimientos, las autoridades decisorias y el personal deben estar suficientemente formados para tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante¹⁰⁸¹. Finalmente, aun cuando se considerara que este tipo de exámenes pudieran contribuir con cierta fiabilidad a determinar la orientación sexual, tan sólo ofrecerían una imagen aproximativa y de interés limitado¹⁰⁸².

Por estas razones, la sentencia declara que los exámenes psicológicos que recurren a tests de personalidad proyectivos para determinar la orientación sexual del solicitante son contrarios al Derecho de la Unión Europea. A pesar de que se trata de un avance muy bienvenido en los derechos de las personas LGBTI solicitantes de asilo, se echa en falta una mayor claridad en el razonamiento que lleva a descartar este tipo específico de pruebas psicológicas y no otras, pues la sentencia parece limitarse a prohibir únicamente los tests controvertidos. El TJUE afirma que se trata de una cuestión que deben dirimir los tribunales nacionales de acuerdo con las normas admitidas por la comunidad científica internacional¹⁰⁸³. Sin embargo, parece contradecirse en los párrafos posteriores al entrar a analizar si los tests de personalidad proyectivos son útiles para determinar la orientación sexual sin apoyarse explícitamente en informes científicos, recomendaciones del ACNUR u otra fuente fiable¹⁰⁸⁴. Dado el amplio margen de apreciación que los Estados Miembros tienen en aplicación del artículo 4 de la Directiva de reconocimiento -que no especifica qué medios de prueba deben utilizar-, sería deseable una mayor concreción por parte del Tribunal.

¹⁰⁷⁹ Vid. TEDH, *Dudgeon, Modinos, Norris, Christine Goodwin...* y TJUE, *X, Y y Z y A, B y C*.

¹⁰⁸⁰ *F*, §62. Siendo esta la primera y, hasta el momento, única sentencia del TJUE en recurrir a los Principios de Yogyakarta para interpretar la Carta de Derechos Fundamentales, si bien ya fueron mencionados en las Conclusiones del caso *X, Y y Z*, del asunto *A, B y C* y del propio *F*.

¹⁰⁸¹ TJUE, *F*, §67-68.

¹⁰⁸² *Ibid.*, §69.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, §58.

¹⁰⁸⁴ FERRI, F., “Assessing credibility of asylum seekers’ statements on sexual orientation: lights and shadows of the *F* judgment”, *European Papers*, Vol. 3-2, 2018, pp. 881-882.

En cualquier caso, y al igual que en el caso de los exámenes médicos, el Tribunal de Justicia acierta al no descartar absolutamente la intervención de psicólogos. Al contrario, los profesionales de esta rama pueden ser de gran ayuda para determinar el alcance de las secuelas psicológicas de las personas LGBTI que huyen de la persecución, pues a menudo este colectivo presenta síntomas específicos del síndrome de estrés postraumático fruto de sus experiencias de persecución¹⁰⁸⁵.

2.1.7. La revelación “tardía” de la orientación sexual o identidad de género como prueba de incoherencia.

Tal y como prevé el artículo 4 de la Directiva de reconocimiento, la credibilidad de un solicitante de asilo dependerá en gran parte de la coherencia -interna y externa- de su testimonio. En lo que respecta a la coherencia interna, se refiere a que las declaraciones deben ser consistentes y no contradecirse entre sí, con independencia del momento procedimental en que se produzcan. Sin embargo, existe una cuestión que dificulta enormemente las posibilidades de las personas LGBTI de ver estimada sus solicitudes de asilo por ser este hecho juzgado como una incoherencia grave. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva de reconocimiento, los Estados Miembros pueden exigir del solicitante de asilo que presente todos los elementos de prueba de los que disponga lo antes posible. Esta norma implica que con frecuencia se espere que las personas LGBTI o que sean perseguidas por razones de orientación sexual o identidad de género aleguen esta circunstancia en el primer momento en que se les ofrezca la oportunidad de hacerlo. Como ya se ha expuesto en un capítulo anterior, muchas personas LGBTI ocultan estas características fundamentales para su solicitud por diversas razones¹⁰⁸⁶, reduciendo sus posibilidades de que sean estimadas.

El Tribunal de Justicia también se pronunció sobre esta cuestión en el asunto *A, B y C*¹⁰⁸⁷. Según el actual artículo 15.3 de la Directiva de procedimientos¹⁰⁸⁸, el personal

¹⁰⁸⁵ HOPKINSON, R.; KEATLEY, E.; GLAESER, E.; ERICKSON-SCHROTH; FATTAL, O.; SULLIVAN, M. N., “Persecution experiences and mental health of LGBT asylum seekers”, *Journal of Homosexuality*, Vol. 64-12, 2017, pp. 1650-1666.

¹⁰⁸⁶ MILLBANK, J., “‘The ring of truth’...” cit. supra, p. 14; ACNUR, *Beyond proof...*, cit. supra, p. 71.

¹⁰⁸⁷ TJUE, *A, B y C*, §59.

¹⁰⁸⁸ En *A, B y C* el Tribunal cita el artículo 13.3 de la anterior Directiva de procedimientos, que no incluía ni la orientación sexual ni la identidad de género. El Tribunal fundamenta su decisión en la vulnerabilidad del solicitante, característica que sí menciona expresamente el artículo en su redacción derogada y que se mantiene en la actualidad.

encargado de entrevistar a un solicitante de asilo debe tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, mencionado expresamente entre ellas su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad. El TJUE concluyó que, al tratarse la sexualidad de una esfera extremadamente íntima de una persona, es verosímil que sea reticente a revelar información sobre la misma¹⁰⁸⁹. Por tanto, una solicitud no debe ser desestimada por el único motivo de que el solicitante no ha manifestado su orientación sexual en la primera ocasión en que tuvo oportunidad para hacerlo¹⁰⁹⁰.

2.1.8. La información del país de origen en el SECA.

Por otro lado, la coherencia externa implica comparar los hechos manifestados por el solicitante en su testimonio con la información sobre su país de origen (en adelante, “IPO”) a la que tienen acceso las autoridades del Estado responsable de su solicitud. Es, por tanto, un instrumento fundamental, pues permite tanto contextualizar las declaraciones del solicitante como conocer en mayor profundidad los potenciales riesgos de persecución en su Estado de procedencia¹⁰⁹¹. En el SECA, este indicador está incluido expresamente en el artículo 4.5 de la Directiva de reconocimiento, según el cual las declaraciones del solicitante no deben contradecir “la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso”.

Sin embargo, la Directiva de reconocimiento no especifica qué estándares debe cumplir la IPO. En su lugar, es preciso acudir a la Directiva de procedimientos, la cual en su artículo 10.3 b) establece que los Estados Miembros están obligados a recabar información “precisa y actualizada” sobre la situación general imperante en los países de origen y de tránsito para ponerla a disposición del personal examinador. Ésta debe provenir de “diversas fuentes”, entre las que el artículo menciona expresamente el ACNUR, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) y las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos. Dado que en las solicitudes de asilo presentadas por personas LGBTI con frecuencia la única prueba disponible es el propio testimonio de la solicitante, la IPO cobra una importancia esencial. No obstante, “a menudo falta información pertinente y específica sobre los países de origen relacionada

¹⁰⁸⁹ TJUE, *A, B y C*, §69-70.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.* §71.

¹⁰⁹¹ HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, cit. supra, p. 122.

con la situación y el trato de las personas LGBTI¹⁰⁹², ausencia que ha sido entendida a menudo como una prueba de que no se produce la persecución alegada y de que este colectivo no sufre ninguna vulneración en sus derechos humanos en dicho país¹⁰⁹³.

Tratando de paliar este problema, la EASO -cuyas directrices deben ser tenidas en cuenta por los Estados Miembros¹⁰⁹⁴- publicó en 2015 una guía¹⁰⁹⁵ con directrices y consejos para investigar la situación de las personas LGB¹⁰⁹⁶ en los países de origen. En ella reconoce las razones por las que la recopilación de IPO concerniente a estos colectivos resulta especialmente complicada¹⁰⁹⁷. En primer lugar, por la dificultad para investigar la situación de LGBTI de manera objetiva, pues -al igual que sucede con la autoridad que examina una solicitud- puede verse condicionada por ideas preconcebidas, prejuicios y estereotipos. En segundo lugar, la ya mencionada escasez de información completa, específica y de calidad. El estigma asociado habitualmente a la diversidad sexual o de género en la mayoría de las sociedades del mundo, la limitada capacidad de los grupos internacionales y locales de derechos humanos en muchos países de origen y los ataques a sus activistas son las causas detrás de esta falta de fuentes. Finalmente, a menudo la poca IPO disponible tan sólo hace referencia a los hombres homosexuales, opacando la situación de las personas LBTI. No obstante, si la información apunta a que los hombres gays sufren opresión, discriminación o persecución, aun sin ser completamente extrapolable al resto de colectivos sí que puede servir como indicio de que su situación no será mucho mejor¹⁰⁹⁸.

Mediante esta guía la EASO pretende paliar dichos obstáculos y mejorar así la calidad de la IPO accesible al personal examinador de los Estados Miembros. Con este

¹⁰⁹² ACNUR, *Directrices núm. 9*, §66.

¹⁰⁹³ LAVIOLETTE, N., "Independent human rights documentation and sexual minorities: an ongoing challenge for the Canadian refugee determination process", *International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2, 2009, p. 451.

¹⁰⁹⁴ Directiva de Procedimientos, Considerando número 10.

¹⁰⁹⁵ EASO, *Researching LGB*, cit. supra.

¹⁰⁹⁶ Aunque la guía se centra solamente en estos colectivos, también incluye explicaciones terminológicas y fuentes de información sobre personas trans e intersexuales. *Vid.* EASO, *Researching LGB*, cit. supra, p. 8.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 9-10.

¹⁰⁹⁸ JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, cit. supra, p. 74.

fin, los más recientes informes de la Oficina¹⁰⁹⁹ sobre Estados y territorios tan críticos para la protección de las personas LGBTI en el mundo como la Federación Rusa, Chechenia, Gambia o Afganistán han incluido un estudio específico de la situación de este colectivo. Dada la amplia y variada lista de fuentes empleadas en su redacción -desde informes sobre IPO elaborados por Estados y ONGs internacionales hasta mensajes de blogs y de redes sociales¹¹⁰⁰-, parecen ofrecer una imagen precisa, objetiva y actualizada en línea con lo previsto en la Directiva de procedimientos.

2.1.9. Persecución de las personas LGBTI: la criminalización como acto de persecución en el SECA.

Según datos de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), en el año 2019 las relaciones entre personas del mismo género son ilegales en setenta Estados del mundo¹¹⁰¹; en once de ellos, el castigo previsto es la pena de muerte, siendo aplicada de manera efectiva en al menos seis. En otros, las normas administrativas y penales que regulan la “moral pública” o el “decoro” son utilizadas con frecuencia para castigar a las personas visiblemente no normativas, como es el caso de muchas personas trans. Entre estos Estados se encuentran algunos de los principales países de origen de las personas que piden asilo en la Unión Europea, como es el caso de Siria, Afganistán, Irán, Irak o Eritrea, por lo que es preciso analizar el peso que una legislación de este tipo tiene en la evaluación de las solicitudes de asilo de las personas LGBTI. Una cuestión que le fue planteada al TJUE en el caso *X, Y y Z*.

Con anterioridad a esta sentencia, la criminalización de las relaciones entre personas del mismo género no recibía la misma respuesta en todos los Estados Miembros, pudiendo distinguirse tres posturas¹¹⁰². De un lado, algunos -como Italia¹¹⁰³- entendían que la mera penalización de la homosexualidad ya constituía en sí misma un acto de persecución. De otro lado, en países como España la jurisprudencia exigía algún tipo de

¹⁰⁹⁹ Disponibles en el portal sobre IPO que mantiene la EASO, <https://coi.easo.europa.eu/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁰⁰ EASO, *Metodología para la elaboración de documentos en materia de información de países de origen*, 2012, p. 8, disponible en <http://www.refworld.org.es/docid/516ea0e64.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁰¹ RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra.

¹¹⁰² DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, Vol. 89, 2014, pp. 378-379.

¹¹⁰³ Italia, Corte di cassazione, núm. 15981/2012, de 20 de septiembre de 2012.

acción de las autoridades dirigida específicamente contra el solicitante¹¹⁰⁴. Finalmente, otros Estados Miembros asumían una posición intermedia en la que debía acreditarse, al menos, que la norma penalizadora se aplica habitualmente y que, por tanto, los temores del solicitante de ser procesado en virtud de ésta eran fundados.

Esta última postura sería la adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos decisiones del año 2004¹¹⁰⁵. Las circunstancias fácticas de ambos casos son similares: un hombre de nacionalidad iraní solicita que se le reconozca la condición de refugiado alegando sufrir persecución en su país de origen por razón de su homosexualidad ya que las relaciones entre personas del mismo género están castigadas con la pena capital en Irán. En los dos casos le es denegado dicho reconocimiento y acaban recurriendo ante el TEDH, que inadmite sus recursos con los mismos argumentos.

En concreto, que nadie había sido enjuiciado recientemente sobre la base únicamente de su homosexualidad -sí en relación con otros delitos¹¹⁰⁶-, por lo que quedaba probado que la norma no se aplicaba habitualmente. Su razonamiento se fundamenta en la información del país de origen de la que disponían tanto las autoridades decisoras como el Tribunal y, sobre todo, en el uso que hacen de la misma. Así, llama la atención que el Tribunal infiera que existe una situación de tolerancia hacia los homosexuales de un informe en el que se menciona que según la prensa local “se ha ejecutado a homosexuales”¹¹⁰⁷. O que considere válido otro informe en el que una “fuente occidental familiarizada con la escena homosexual en Teherán” nunca había oído hablar de ningún proceso contra un homosexual¹¹⁰⁸, concluyendo que los homosexuales “se enterarían de si se estuviera encausando” a personas por su orientación sexual. Al mismo

¹¹⁰⁴ Así se desprende, por ejemplo, de dos casos de nacionales cubanos que alegaban ser perseguidos por el gobierno de su país de origen por razón de su orientación sexual, prohibida entonces en Cuba. A uno de ellos le fue reconocida la condición de refugiado sobre la base de que había sido excluido del Ejército por ser homosexual en el contexto de una sociedad militarizada. A otros, en cambio, les fue denegada dicha condición por no haber acreditado “ninguna consecuencia lesiva para su persona” por razón de su orientación sexual. *Vid.* España, Tribunal Supremo, STS 6142/2008, de 28 de noviembre de 2008, FJ 4, en la que el Tribunal Supremo compara sus Sentencias de 29 de septiembre de 2006 (RJ 4511/2003) y de 13 de diciembre de 2007 (RJ 4529/2004).

¹¹⁰⁵ *F. v. the United Kingdom* (dec.), núm. 17341/03, de 22 de junio de 2004; *I.I.N. v. the Netherlands* (dec.), núm. 2035/04, de 9 de diciembre de 2004.

¹¹⁰⁶ Lo cual ya debería haber advertido al Tribunal de que, en efecto, había personas en Irán siendo juzgadas por su homosexualidad, aunque no fuera el único delito que se les imputase.

¹¹⁰⁷ *F. v. the United Kingdom*, p. 3.

¹¹⁰⁸ *Ibid.* p. 6. Esta idea, recogida en un informe elaborado por los servicios de asilo de Canadá, es claramente un estereotipo que hoy día sería contrario a la jurisprudencia del TJUE establecida en *A, B y C*.

tiempo, descarta que la ausencia de información sobre procesos por homosexualidad pueda deberse a que no son denunciados o incluidos en los informes, pues lo considera una razón demasiado “tenue e hipotética”, cuando la realidad de la información sobre personas LGBTI es bien distinta.

Estas decisiones del TEDH, cuyas deficiencias ponen de manifiesto la importancia central que la IPO tiene en la evaluación de los temores alegados por un solicitante, influyeron en la sentencia del TJUE sobre el caso *X, Y y Z*. De hecho, la Abogada General Sharpston las cita en sus Conclusiones, afirmando que el objetivo del procedimiento de asilo no es “exportar” las normas contenidas en la CDF y el CEDH, sino proteger a aquellas personas cuyos “derechos más fundamentales” son vulnerados¹¹⁰⁹. De modo que la jurisprudencia establecida en *Dudgeon, Norris o Modinos* según la cual la mera existencia de normas que prohíban la homosexualidad constituye una vulneración de los derechos humanos, no podría ser extrapolada a la situación de las personas LGBTI solicitantes de asilo. El Tribunal comparte esta opinión, limitando los derechos fundamentales cuya vulneración puede dar lugar a un acto de persecución a aquellos no derogables, entre los que no se encontraría el respeto a la vida privada¹¹¹⁰. Por tanto, de acuerdo con el Tribunal una norma que prohíba las relaciones homosexuales será persecutoria solamente si reúne dos requisitos: que la pena prevista afecte a un derecho no derogable -como es el caso de las penas privativas de libertad- y que sea aplicada efectivamente¹¹¹¹.

A nuestro juicio, esta posición aparentemente equidistante ignora la realidad de las personas LGBTI o percibidas como tales que habitan en Estados en los que las relaciones entre personas de mismo género están prohibidas. Aunque la jurisprudencia derivada de *Dudgeon* enmarcara la orientación sexual en el respeto a la vida privada -un derecho que parece quedar relegado a una categoría inferior al no ser uno de los “derechos más fundamentales”-, la criminalización tiene consecuencias que van más allá de la intimidad y el espacio privado. Las normas que criminalizan la homosexualidad son una clara

¹¹⁰⁹ TJUE, *Conclusiones X, Y y Z*, §41.

¹¹¹⁰ TJUE, *X, Y y Z*, §54.

¹¹¹¹ *Ibid.*, §55-61.

muestra de homofobia institucionalizada¹¹¹² que genera un ambiente opresivo y hostil en el que las personas LGBTI -no sólo las homosexuales y bisexuales¹¹¹³- son especialmente vulnerables a sufrir persecución.

Como han puesto de manifiesto las principales ONGs de derechos humanos¹¹¹⁴ y el Experto Independiente de Naciones Unidas para las cuestiones de orientación sexual e identidad de género¹¹¹⁵, este tipo de normas facilitan enormemente la comisión de numerosas y variadas vulneraciones de los derechos humanos de las personas LGBTI al garantizar que sus perpetradores queden impunes. Difícilmente puede esperarse de una persona que ha sido víctima de torturas o tratos inhumanos o degradantes por ser -o ser vista como- LGBTI que acuda a las autoridades en un Estado en el que las relaciones homosexuales están prohibidas¹¹¹⁶, siendo posible incluso que las propias fuerzas de seguridad encargadas de su protección la sometan a nuevas violaciones de sus derechos o, en el mejor de los casos, la ignoren. Además, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció con acierto en la jurisprudencia desarrollada a partir del caso *Dudgeon*

, una ley en vigor puede ser aplicada en cualquier momento aun cuando no lo haya sido en mucho tiempo¹¹¹⁷, por lo que no puede descartarse que el temor de la persona solicitante a sufrir persecución en el futuro sea fundado¹¹¹⁸.

¹¹¹² ILGA, *ILGA-Europe: Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*, 2012, disponible en <https://www.ein.org.uk/news/ilga-europe-statement-pending-preliminary-rulings-cjeu-regarding-alleged-persecution-ground-sex> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹¹³ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, §55.

¹¹¹⁴ ILGA, *ILGA-Europe: Statement on pending...*, cit. supra; ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”?* *The International Commission of Jurists’ observations on the judgment of the Court of Justice of the European Union in X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*, Ginebra, 2014; ICJ & AI, *Observations by Amnesty International and the International Commission of Jurists on the case X, Y and Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-199/12, C-200/12 and C-201/12) following the Opinion of Advocate General Sharpston of 11 July 2013*, 2013.

¹¹¹⁵ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2017*, cit. supra, §15.

¹¹¹⁶ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §64; ICJ & AI, *Observations...*, cit. supra, p. 6.

¹¹¹⁷ *Norris*, §33.

¹¹¹⁸ Es el caso, entre otros, de Irán: si la –dudosa- información sobre este país de la que disponía el TEDH en el año 2004 para los asuntos *F. contra Reino Unido* y *I.I.N. contra los Países Bajos* indicaba que los homosexuales eran “tolerados”, las declaraciones formuladas por el ulterior Presidente de la República Islámica de Irán Mahmud Ahmadineyad años después sobre la inexistencia de este colectivo en su país -unido a un mayor conocimiento sobre su verdadera situación en ese país- son un claro ejemplo de la

Finalmente, la sentencia sobre el caso X, Y y Z interpreta de manera muy cuestionable la Directiva de reconocimiento. De un lado, porque ignora el contexto social en el que se desarrolla la criminalización. Aun cuando no son aplicadas efectivamente, las normas criminalizadoras generan un ambiente opresivo para las personas LGBTI que favorece la impunidad de los agentes de persecución -tanto estatales como no estatales- al impedir que acudan a las autoridades para obtener una protección efectiva. De otro lado, porque interpreta únicamente de manera parcial¹¹¹⁹ el artículo 9, relativo a los actos que pueden dar lugar a persecución. De acuerdo con este precepto, pueden ser actos de persecución:

- Aquellos actos lo suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones de acuerdo con el artículo 15.2 CEDH¹¹²⁰ (art. 9.1 a));
- La acumulación de varias medidas lo suficientemente graves como para afectar a una persona de manera similar (art. 9.1 b)).

De modo que, como el propio TJUE concluye, no cualquier vulneración de los derechos humanos supone un acto de persecución, sino que debe revestir cierta gravedad¹¹²¹. Sin embargo, el Tribunal erra en el umbral que establece para la gravedad de las violaciones de sus derechos humanos que sufren los solicitantes de asilo homosexuales. La sentencia X, Y y Z distingue en su análisis dos posibles actos de persecución: la mera existencia de leyes penalizadoras de la orientación sexual y la pena asociada a éstas. En lo que respecta al primero de dichos actos, el Tribunal entiende que en ningún caso será lo suficientemente grave como para llegar al nivel de persecución porque “los derechos relacionados específicamente con la orientación sexual”¹¹²² no se

vulnerabilidad de las personas LGBTI que sufren la criminalización aun cuando ésta no es aplicada durante un periodo de tiempo.

¹¹¹⁹ ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”* ..., cit. supra, pp. 12-13.

¹¹²⁰ Los derechos a la vida, a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, a no ser sometido a esclavitud y a no ser juzgado por una infracción no contemplada en la ley ni condenado a una pena más grave de la prescrita.

¹¹²¹ *X, Y y Z*, §53.

¹¹²² *Ibid.*, §54.

encuentran entre los derechos no derogables de artículo 15.2 CEDH. Esta conclusión es discutible por varios motivos.

Primero, porque no aclara cuáles son ni qué contenido tienen los “derechos relacionados específicamente con la orientación sexual” a los que se refiere. Al contrario, la sentencia se limita a mencionar el derecho al respeto a la vida privada en relación con el principio de no discriminación de los artículos 8 y 14 CEDH -o 7 y 21 CDF-, respectivamente. De nuevo, el TJUE no tiene en cuenta la amplia panoplia de violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI favorecida por el contexto que crea la criminalización¹¹²³. Vulneraciones de los derechos a la dignidad humana (art. 1 CDF), a la vida (art. 2 CDF), a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), a la libertad y seguridad personales (art. 6 CDF), a la libertad de expresión (art. 11 CDF) o a la salud (art. 35 CDF), entre otros, que han sido ampliamente denunciadas y documentadas en Estados que prohíben la expresión de identidades sexuales o de género diversas¹¹²⁴. Al no tener en cuenta todas estas violaciones de derechos, el Tribunal llega a una conclusión errónea: que los derechos no sujetos a excepción alguna del art. 15.2 CEDH no abarcan los “relacionados específicamente con la orientación sexual”, cuando las vulneraciones sufridas por motivo de dicha orientación sexual sí que pueden ser incluidas en dicho precepto.

En segundo lugar, aun cuando tan sólo se entendiera que las normas criminalizadoras de la orientación sexual únicamente violan el derecho a la vida privada, el Tribunal no ha interpretado la Directiva de reconocimiento correctamente. De la lectura literal del artículo 9.1 a) se infiere claramente que no sólo las vulneraciones de los derechos inderogables del art. 15.2 pueden constituir un acto de persecución. Al contrario, lo serán todos aquellos actos que supongan una violación grave de los derechos fundamentales, de todos ellos. La mención al art. 15.2 viene precedida de “en particular”, por lo que sólo cabe entender que una vulneración de los derechos contenidos en dicho artículo será generalmente una violación lo suficientemente grave como para ser

¹¹²³ ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”* ..., cit. supra, pp 14; EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra.

¹¹²⁴ V. gr., RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra; EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra; EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI a la AG 2018*, cit. supra; AI, *Making love a crime – criminalization of same sex conduct in Sub-Saharan Africa*, Amnesty International Publications, Londres, 2013.

calificada de acto de persecución, sin que nada obste a que las conculcaciones de otros derechos también lo sean¹¹²⁵.

En tercer lugar, el Tribunal limita su interpretación del artículo 9 al párrafo a) del primer apartado, sin valorar si el resto del precepto podría ser de aplicación para considerar que las normas penalizadoras de la orientación sexual son un acto de persecución en sí mismas. Así, el artículo 9.2 b) prevé expresamente que los actos de persecución pueden revestir la forma de “medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas”. Si, como ha determinado la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Dudgeon* y *Sutherland*, la mera existencia de estas leyes conculca el derecho a la vida privada y es discriminatorio, respectivamente, cuesta encontrar una justificación para que el TJUE no se pronunciara sobre la aplicación de la mencionada disposición. Además, podría argumentarse que el contexto de opresión creado por éstas y las distintas vulneraciones de derechos humanos que lleva aparejadas pueden suponer una acumulación de varias violaciones en el sentido del art. 9.1 b).

En definitiva, existen suficientes razones para afirmar que la criminalización del ejercicio de un derecho humano -como es la expresión de la propia orientación sexual o identidad de género- por sí misma puede constituir un acto de persecución de acuerdo con la Directiva de reconocimiento. Y así pareció haberlo estimado el Tribunal de Justicia en un caso anterior. En *Alemania contra Y y Z*¹¹²⁶, dos solicitantes de asilo pakistaníes alegaban que, de ser devueltos a Pakistán, serían perseguidos en virtud de dos disposiciones del Código Penal de este país que prohibían la práctica de sus creencias por considerarlas heréticas -ambos eran ahmadíes-. Para la Gran Sala del TJUE, la libertad de religión es “uno de los pilares de una sociedad democrática”, por lo que su injerencia puede ser una vulneración grave en el sentido del artículo 9.1 a)¹¹²⁷. Una idea que no sólo contrasta con la afirmación de la Abogada General Sharpston de que el procedimiento de asilo no tiene como fin “exportar” la protección de la CDF y el CEDH, sino que es completamente opuesta a la interpretación que el TJUE hace en *X, Y y Z* del art. 9.1 a). La libertad religiosa, al igual que el derecho a la vida privada, no forman parte del grupo

¹¹²⁵ ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”* ..., cit. supra, pp. 51.

¹¹²⁶ Sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, C-71/11 y C-99/11, ECLI:EU:C:2012:518 (“Alemania contra Y y Z”).

¹¹²⁷ *Ibid.* §57.

de derechos no derogables del art. 15.2. Y, sin embargo, en *Alemania contra Y y Z* el Tribunal de Luxemburgo entiende que una vulneración del derecho a la libertad religiosa puede ser una violación grave si es equiparable a una vulneración de esos derechos¹¹²⁸.

El fundamento de esta conclusión reside en que una violación será grave en el sentido del art. 9.1 a) si el solicitante, por el hecho de ejercer su libertad o derecho conculcados, corre un riesgo real de ser perseguido por los actores referidos en el art. 6 de la Directiva de reconocimiento¹¹²⁹. Siguiendo esta línea argumentativa, el TJUE asevera que, al identificar si un acto específico constituye persecución, deben ser tenidos en cuenta todos aquellos otros actos a los que el solicitante se ha visto o podría verse expuesto en función de sus circunstancias personales¹¹³⁰. Las medidas de persecución deben ser evaluadas en función de la naturaleza de la represión ejercida, y no por el elemento de la libertad religiosa que conculcan¹¹³¹.

Si el Tribunal hubiera aplicado este mismo razonamiento a la cuestión de las leyes que penalizan la expresión de la orientación sexual -y otras normas que criminalizan a las personas LGBTI-, probablemente su fallo en *X, Y y Z* habría tenido un cariz distinto. Sin embargo, el Tribunal no motiva en la sentencia su decisión de apartarse de la interpretación hecha en *Alemania contra Y y Z*. Una justificación del todo necesaria, pues implicaría tratar de manera diferente dos motivos de persecución -la religión y la pertenencia a un grupo determinado- a los cuales tanto el artículo 2 de la Directiva de reconocimiento como el artículo 1 de la Convención de Ginebra conceden la misma importancia.

En cualquier caso, no parece que la interpretación reflejada en *X, Y y Z* se haya realizado a la luz de la estructura general y la finalidad de estos instrumentos, con observancia de la Convención de Ginebra y respetando los derechos contenidos en la CDF, tal y como exige la jurisprudencia consolidada del TJUE¹¹³². Al construir la

¹¹²⁸ *Ibid.* §61.

¹¹²⁹ *Ibid.* §67.

¹¹³⁰ *Ibid.* §68.

¹¹³¹ *Ibid.* §65.

¹¹³² Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi y Dier Jamal contra Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, ECLI:EU:C:2010:105, §52-54; Sentencia de 17 de junio de 2010, *Nawras Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351, §37-38; *Alemania contra Y y Z*, §47-48;

orientación sexual de los solicitantes de asilo como una característica cuya protección debe limitarse al derecho a la vida privada, ignora el carácter eminentemente deshumanizador de las leyes que criminalizan a las personas LGBTI, que contribuye a su estigmatización y humillación con el objetivo de forzar su adecuación a los estándares heteronormativos. Finalmente, resulta chocante que el Tribunal no haya tenido estas cuestiones en cuenta en una sentencia en la que se refiere a la orientación sexual como una característica “tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella”¹¹³³.

Como se ha señalado, aunque el Tribunal de Justicia considera que la criminalización de la orientación sexual no supone un acto de persecución *per se* (al contrario que las normas que prohíben el ejercicio de la libertad religiosa), sí que admite que, de llevar aparejada una pena privativa de libertad, ésta puede constituir un acto de persecución siempre que sea aplicada. En este sentido la sentencia *X, Y y Z* ha elevado el estándar mínimo de protección en ciertos Estados Miembros -como España-. Sin embargo, y a pesar de este efecto claramente positivo, deja un regusto muy amargo. En primer lugar, porque mantiene los mismos problemas relativos a la información del país de origen que se han descrito con ocasión de las Decisiones de 2004 del TEDH. En segundo lugar, por la oportunidad perdida que supone no reconocer la mera existencia de estas normas como un acto de persecución. Una postura que el Tribunal de Casación de Italia sigue manteniendo en la actualidad¹¹³⁴ y que, a nuestro juicio, sería la interpretación más adecuada de la Directiva de reconocimiento por las razones que se han expuesto en esta sección. En tercer lugar, porque *X, Y y Z* ha sido utilizada posteriormente por el TJUE para reducir los estándares de protección a otros solicitantes de asilo. Así, en el caso *Fathi* el TJUE se ha servido de su posición en *X, Y y Z* para exigir la aplicación efectiva de las

Sentencia de 13 de septiembre de 2018, *Shajin Ahmed contra Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-369/17, ECLI:EU:C:2018:713, §41.

¹¹³³ TJUE, *X, Y y Z*, §70.

¹¹³⁴ “La sola circostanza che in Gambia sia previsto il reato di omosessualità rende il richiedente un soggetto vulnerabile in ragione del suo personale orientamento sessuale (...) Ai fini della concessione della protezione internazionale, la circostanza per cui l’omosessualità sia considerata un reato dall’ordinamento giuridico del Paese di provenienza (...) é rilevante, costituendo una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali (...) tale da giustificare la concessione della protezione richiesta”, Italia, Corte di cassazione, núm. 13282/2018, de 17 de mayo de 2019.

normas que prescriban la pena capital o privativa de libertad a quien no profese la religión oficial del Estado para entender que suponen un acto de persecución¹¹³⁵.

2.1.10. El criterio de discreción en el SECA.

La sentencia sobre el caso *X, Y y Z* arroja un balance mucho más positivo en lo que respecta al criterio de discreción. El Tribunal, en línea con los más altos estándares de derechos humanos, rechaza absolutamente que se exija a una persona homosexual -y, por analogía, entendemos que a cualquier persona LGBTI- que oculte su orientación sexual para evitar ser perseguida¹¹³⁶. De acuerdo con su interpretación del artículo 10.1 d) de la Directiva de reconocimiento, nada en dicho precepto indica que la voluntad del legislador fuera excluir del concepto de la orientación sexual ningún acto o expresión concreta, por lo que ésta debe ser protegida tanto en el ámbito privado como en el público¹¹³⁷.

Por tanto, exigir su ocultación -la mal llamada “discreción”- sería contrario al reconocimiento de la orientación sexual como una característica fundamental de la identidad¹¹³⁸. Curiosamente, el Tribunal se sirve de la jurisprudencia emanada de la sentencia *Alemania contra Y y Z* para sustentar estas afirmaciones, considerando ambos casos análogos¹¹³⁹, lo que siembra aún más dudas sobre por qué no aplicó dicha doctrina al analizar si la criminalización de la orientación sexual constituye *per se* un acto de persecución.

2.2. Los procedimientos de asilo y las personas LGBTI: riesgos y garantías.

2.2.1. Vulnerabilidad de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

Una característica del Sistema Europeo Común de Asilo es el reconocimiento de que no todos los solicitantes de asilo se encuentran en las mismas condiciones, sino que sus circunstancias individuales pueden colocarlos en una situación especialmente precaria que los hace merecedores de una especial atención por parte de las autoridades de asilo. De este modo, ciertos solicitantes de asilo son considerados como en situación de vulnerabilidad por el SECA y tratados de manera particular por esta razón. Se trata de un

¹¹³⁵ Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Bahtiyar Fathi contra Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, C-56/17, ECLI:EU:C:2018:803, §96.

¹¹³⁶ TJUE, *X, Y y Z*, §71.

¹¹³⁷ *Ibid.* §67-68.

¹¹³⁸ *Ibid.* §70.

¹¹³⁹ *Ibid.*, §74.

concepto que, si bien no es endémico del Derecho europeo¹¹⁴⁰, ha sido desarrollado especialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁴¹. Si bien se trata de un concepto indefinido en su jurisprudencia, el TEDH ha reconocido esta condición a colectivos que han sufrido históricamente las consecuencias del prejuicio y el estigma, lo que los aboca a un gran riesgo de exclusión social y de dependencia del Estado para poder garantizar sus derechos básicos. Al imponer la obligación de valorar la vulnerabilidad de ciertas personas, el TEDH avanza hacia una verdadera aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos¹¹⁴².

Así, el TEDH ha calificado de vulnerables a las personas de etnia gitana¹¹⁴³, las seropositivas¹¹⁴⁴ o las discapacitadas¹¹⁴⁵, así como al que centra nuestro estudio: los solicitantes de asilo¹¹⁴⁶. El Tribunal de Estrasburgo ha declarado que se trata de un “grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial”, una idea sobre la que existe un amplio consenso internacional “como se refleja en la Convención de Ginebra, el mandato y las actividades de ACNUR, así como las normas que figuran en la Directiva de Acogida de la Unión Europea”¹¹⁴⁷. Se trata de una vulnerabilidad “inherente a su condición de solicitante de asilo, del hecho de su recorrido migratorio y de las experiencias traumáticas que puede haber vivido en su transcurso”¹¹⁴⁸.

En el caso específico de *M.S.S.*, el Tribunal consideró que dicha vulnerabilidad debe ser tomada en cuenta a la hora de valorar las condiciones en las que se produjo el

¹¹⁴⁰ ECRE, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, 2017, p. 9.

¹¹⁴¹ PERONI, L.; TIMMER, A., “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11-4, 2013, pp. 1056-1085; LA BARBERA, M., “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 62, 2019, pp. 235-257.

¹¹⁴² ARNARDÓTTIR, O.M., “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights – Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, Vol. 4-3, 2017, pp. 150-171.

¹¹⁴³ *V. gr., Chapman v. the United Kingdom* [GC], núm. 27238/95, ECHR 2001-I; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], núm. 57325/00, ECHR 2007-IV; *V.C. v. Slovakia*, núm. 18968/07, ECHR 2011; *Horváth and Kiss v. Hungary*, núm. 11146/11, de 29 de enero de 2013.

¹¹⁴⁴ *Kiyutin v. Russia*, núm. 2700/10, ECHR 2011.

¹¹⁴⁵ *Alejos Kiss v. Hungary*, núm. 38832/06, de 20 de mayo de 2010.

¹¹⁴⁶ *M.S.S.; Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, núm. 16643/09, §172, de 21 de octubre de 2014.

¹¹⁴⁷ *M.S.S.*, §251 (traducción al castellano disponible en la base de datos de jurisprudencia HUDOC, del TEDH, en <http://hudoc.echr.coe.int>)

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, §232.

internamiento del solicitante de asilo, pues su carácter degradante o inhumano se vería acentuado por su situación particular¹¹⁴⁹. El Tribunal de Estrasburgo reconoció las mayores dificultades sufridas por este grupo para que sus derechos humanos respetados sean garantizados¹¹⁵⁰. No obstante, no todos los solicitantes de asilo son igualmente vulnerables, sino que sus circunstancias personales pueden agravar su situación. Es el caso de los solicitantes menores de edad¹¹⁵¹, que son especialmente vulnerables incluso cuando están acompañados de sus padres¹¹⁵², y de las personas LGBTI.

La vulnerabilidad del colectivo LGBTI ha sido reconocida por el Tribunal de Estrasburgo en varias ocasiones. Así, ha entendido que se trata de una “comunidad vulnerable” en el contexto de una sociedad en la que son abiertamente rechazados¹¹⁵³, lo que intensifica la obligación de su Estado de protegerles -por ejemplo, frente a las agresiones de grupos que intentan impedir manifestaciones pacíficas organizadas por este colectivo¹¹⁵⁴-. Siguiendo la jurisprudencia de *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, el TEDH declaró en el caso *O.M. contra Hungría*¹¹⁵⁵ que las personas LGBTI solicitantes de asilo se encuentran en una situación especialmente dificultosa y vulnerable. De acuerdo con el Tribunal, las personas LGBTI tienen derecho a que las autoridades tengan especial cuidado al gestionar sus solicitudes, pues, de lo contrario, podrían reproducir las condiciones que les hicieron huir de sus países de origen¹¹⁵⁶. Así, el Tribunal de Estrasburgo admite que la vulnerabilidad de estos solicitantes existe a lo largo de un *continuum*¹¹⁵⁷ entre su país de origen y el país de acogida, de forma que, a pesar de surgir

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, §233.

¹¹⁵⁰ MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 37, 2010, pp. 801-842.

¹¹⁵¹ *Tarakhel v. Switzerland* [GC], núm. 29217/12, §199, ECHR 2014. Utilizando este caso como contraste, el TEDH también ha llegado a la misma conclusión al afirmar que los “hombres jóvenes [mayores de edad] capacitados y sin dependientes a su cargo” no tendrían el mismo nivel de vulnerabilidad que los menores recurrentes en el caso *Tarakhel*. Vid. *A.M.E. v. The Netherlands* (dec.), núm. 51428/10, §34, de 5 de febrero de 2015. Las familias de los menores también serían consideradas como específicamente vulnerables por el Tribunal, Vid. *H and Others v. Switzerland* (dec.), núm. 67981/16, §18, de 7 de junio de 2018.

¹¹⁵² *Popov v. France*, núm. 39472/07 y 39747/07, §18, de 19 de enero de 2012.

¹¹⁵³ *Identoba v. Georgia*, núm. 73235/12, §68, de 12 de mayo de 2015; *M.C. and A.C. v. Romania*, núm. 12060/12, §114, de 12 de abril de 2016.

¹¹⁵⁴ *Identoba v. Georgia*, cit. supra, §72.

¹¹⁵⁵ *O.M. v. Hungary*, núm. 9912/15, de 5 de julio de 2016.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, §53.

¹¹⁵⁷ VENTURI, D., “The potential of a vulnerability-based approach: some additional reflections following *O.M. v Hungary*”, *Strasbourg Observes*, 25 de octubre de 2016, disponible en

de manera localizada en el primero, puede repetirse en el segundo si los Estados no atienden a la posición de desventaja -inherente a sus circunstancias personales- en la que se encuentran.

Es en este marco en el que deben interpretarse las referencias a la vulnerabilidad de los solicitantes de asilo en el SECA. Una tarea compleja dada la ausencia de una definición en abstracto del término, lo que contrasta con el uso profuso y fragmentado que se hace del mismo en la normativa aplicable¹¹⁵⁸. Así, el artículo 20.3 de la Directiva de reconocimiento advierte a los Estados Miembros de la necesidad de evaluar las solicitudes de asilo teniendo en cuenta la “situación específica de las personas vulnerables”, enumerando de manera no exhaustiva a ciertos grupos que deben ser considerados como tales¹¹⁵⁹ y señalando que dicha cualidad será aplicable a aquellas personas que tengan “necesidades especiales comprobadas tras una evaluación individual de su situación (art. 20.4 Directiva de reconocimiento).

La Directiva de acogida es la más abundante en menciones a la vulnerabilidad de los solicitantes, dedicando a esta cuestión su Capítulo IV. De un lado y de manera similar al artículo 20.3 de la Directiva de reconocimiento, el artículo 21 de la Directiva de acogida establece que los Estados Miembros deben tener en cuenta la “situación específica de las personas vulnerables”, enumerando una lista no exhaustiva de grupos protegidos parecida, pero no idéntica¹¹⁶⁰. De otro lado, el artículo 22 incluye la obligación de evaluar si las personas consideradas vulnerables en virtud del artículo 21 tienen “necesidades de acogida particulares”, es decir, si requiere de garantías especiales para poder disfrutar de los derechos y cumplir con los deberes previstos en la Directiva (art. 2 k) Directiva de

<https://strasbourgobservers.com/2016/10/25/the-potential-of-a-vulnerability-based-approach-some-additional-reflections-following-o-m-v-hungary/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁵⁸ ECRE, *The concept of vulnerability...*, cit. supra, p. 14.

¹¹⁵⁹ “(...) personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual”, art. 20.3 Directiva de reconocimiento.

¹¹⁶⁰ “(...) personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina”, art. 21 Directiva de acogida.

acogida). Se introduce así una nueva categoría -la de solicitante con necesidades de acogida particulares- cuyos contornos se difuminan con la categoría de solicitantes vulnerables.

Por su parte, el artículo 15.3 a) de la Directiva de procedimientos establece una obligación para los Estados Miembros de asegurar que la persona encargada de la entrevista es competente para valorar las circunstancias personales del solicitante, mencionando entre ellas su vulnerabilidad. Los Estados Miembros estarán además autorizados a dar prioridad a aquellas solicitudes presentadas por personas vulnerables (art. 31.7 Directiva de procedimiento), debiendo entenderse dicha vulnerabilidad en el sentido del artículo 22 de la Directiva de acogida -una remisión inexistente en otros de los preceptos que mencionan la vulnerabilidad-. Sin embargo, la Directiva de procedimiento incluye otro concepto que apunta a la misma idea de protección intensificada a ciertos colectivos de solicitantes: las “garantías procedimentales especiales”, que son las que necesitan los solicitantes de asilo cuya capacidad de disfrutar los derechos y cumplir las obligaciones previstos en la Directiva se ve limitada por sus circunstancias individuales (art. 2 d) Directiva de procedimiento). A diferencia de las otras Directivas, la de procedimientos no incluye una lista de colectivos que precisen de garantías especiales¹¹⁶¹, sino que contiene en el Considerando 29 de la Exposición de Motivos una relación de circunstancias personales que pueden suscitar esa necesidad; entre ellas, menciona expresamente la orientación sexual y la identidad de género del solicitante¹¹⁶².

Por tanto, el SECA contiene hasta tres categorías de solicitante de asilo que implican una protección reforzada. Si bien presentan contornos difusos entre sí, la inclusión en una u otra tiene un impacto potencialmente alto en los derechos del solicitante de asilo. Y ello porque, aun cuando las tres se remitan a listas no exhaustivas de grupos y razones para ser incluidos en ellas, *a priori* no protegen a las mismas personas

¹¹⁶¹ Si bien menciona a algunos de manera dispersa a lo largo de su articulado, *v. gr.*, los menores no acompañados, a los que se refiere tanto como vulnerables como necesitados de garantías procedimentales especiales (arts. 25 y 31.7) o las víctimas de torturas, violación y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual (art. 24.3).

¹¹⁶² Además de factores como la edad, género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, (Considerando 29, Directiva de Procedimientos).

ni por las mismas razones. De modo que ciertos solicitantes de asilo podrían no ver reconocidas sus necesidades procedimentales o de acogida por no haber sido explícitamente mencionados¹¹⁶³. Es el caso de las personas LGBTI, para las cuales el SECA prevé claramente que precisan de garantías procedimentales especiales, pero no las califica específicamente como vulnerables ni como solicitantes con necesidades de acogida particulares, aun cuando lo sean en un gran número de ocasiones¹¹⁶⁴. A pesar de que las listas contenidas en las Directivas de reconocimiento y de acogida no sean exhaustivas, deberían incluir expresamente a este colectivo por dos razones.

En primer lugar, para facilitar la armonización de los conceptos de vulnerabilidad entre los sistemas nacionales de asilo y garantizar así una protección uniforme de los solicitantes LGBTI en toda la UE¹¹⁶⁵. Si bien es cierto que las formas específicas de persecución sufridas por las personas LGBTI las convierten en candidatas a ser calificadas como vulnerables por otros motivos sí recogidos expresamente -como por ser víctimas de tortura o violencia física, psicológica o sexual-, no lo es menos que muchas necesitan una atención específica derivada de su orientación sexual, su identidad de género, sus características sexuales o su expresión de género, como es el caso de las personas trans -cuyas necesidades de acogida serán expuestas en un epígrafe posterior-. En la actualidad, el amplio margen de apreciación de los Estados Miembros en esta cuestión da lugar a disparidades en la acogida de las personas LGBTI. Por ejemplo, mientras que en Austria sus necesidades de acogida ya eran tenidas en cuenta en 2014¹¹⁶⁶, en Hungría no ha sido aprobada legislación en este sentido hasta enero de 2018¹¹⁶⁷.

¹¹⁶³ Supera el ámbito de este trabajo comparar enteramente las listas, una labor que ya ha sido realizada por el ECRE y que ha concluido que, efectivamente, ciertos grupos de solicitantes de asilo o razones para conceder la categoría de protección. Por ejemplo, las víctimas de mutilación genital femenina no estarían incluidas como personas que necesitan garantías procedimentales especiales, pero sí en las que tienen necesidades especiales de acogida, *Vid. ECRE, The concept of vulnerability...*, cit. supra, p. 15.

¹¹⁶⁴ FERREIRA, N., "Reforming the Common European Asylum System: enough rainbow for queer asylum seekers?", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, p. 29; ECRE, *The concept of vulnerability...*, cit. supra, p. 15; JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia...*, p. 77.

¹¹⁶⁵ ILGA, *Protecting the rights of LGBTI asylum-seekers and refugees...*, cit. supra, pp. 7-8; ECRE, *The concept of vulnerability...*, cit. supra, p. 18.

¹¹⁶⁶ JANSEN, S., *Good practices related to LGBTI asylum applicants in Europe*, ILGA, 2014, p. 48, disponible en <https://www.ilga-europe.org/resources/ilga-europe-reports-and-other-materials/good-practices-related-lgbti-asylum-applicants> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁶⁷ CE, *Annual Report on Migration and Asylum 2018*, Informe de la Red Europea de Migración, 2019, p. 24.

La segunda razón es la jurisprudencia del TEDH. Las sentencias sobre los asuntos *M.S.S.* y *O.M.* declaran que los solicitantes de asilo en general y las personas LGBTI en particular requieren de una protección reforzada por parte de los Estados para garantizar sus derechos. A nuestro juicio, ambas sentencias no se contradicen entre sí, sino que se complementan. En *M.S.S.*, el Tribunal de Estrasburgo recuerda el consenso internacional que existe sobre la necesidad de garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y refugiados, siendo prueba de ello la Convención de Ginebra de 1951 y la Directiva de acogida -y, por extensión, todo el SECA-. En *O.M.*, en cambio, enfatiza una característica que vuelve a ciertos solicitantes más vulnerables. Dicha complementariedad se ve reflejada en el SECA: todos los solicitantes de asilo tienen derecho a las garantías previstas en las Directivas de reconocimiento, procedimiento y acogida, sin perjuicio de aquellos solicitantes que necesiten un apoyo específico en forma de condiciones especiales de acogida y garantías procedimentales específicas. Por tanto, las necesidades especiales que tengan las personas LGBTI solicitantes de asilo deberían ser tenidas en cuenta siempre.

La EASO parece ser de esta misma opinión. Así lo demuestra una herramienta de su sitio web dirigida a las autoridades de asilo de los Estados Miembros cuyo fin es facilitar la identificación rápida y eficaz de los solicitantes de asilo con necesidades procedimentales o de acogida particulares¹¹⁶⁸. La herramienta ISPN, disponible en veintidós idiomas, tiene como objetivo facilitar el cumplimiento del artículo 22.1 de la Directiva de acogida, según el cual el análisis de las necesidades especiales de acogida del solicitante -que implica un análisis previo de su vulnerabilidad¹¹⁶⁹- debe realizarse en un plazo de tiempo razonable, en cualquier fase del procedimiento en la que surjan y sin prejuzgar la posterior evaluación del fondo de la solicitud (art. 22.4 Directiva de acogida).

Funciona mediante distintos indicadores de vulnerabilidad que el personal encargado de una solicitud puede seleccionar de acuerdo con las características personales del solicitante. Entre estos indicadores se encuentran la edad, el género, la orientación sexual, la identidad de género o el estatus familiar -en particular, si se trata de

¹¹⁶⁸ “Tool for Identification of Persons with Special Needs” (ISPN), disponible en <https://ipsn.easo.europa.eu/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁶⁹ JAKULEVICIENE, L., “Vulnerable persons as a new sub-group of asylum seekers?”, en CHETAIL, V.; DE BRUYCKER, P.; MAIANI, F., *Reforming the Common European Asylum System – the new European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, p. 364.

menores o de familias monoparentales- o una amplia variedad de señales físicas y psicológicas¹¹⁷⁰ -desde heridas visibles a enfermedades de transmisión sexual o embarazos-, así como datos relativos a la información del país de origen, a los conocimientos que el solicitante tiene sobre el Estado de acogida, sus deudas con traficantes de personas o la genuinidad de sus relaciones familiares con las personas de las que depende.

Una vez seleccionados los indicadores que presenta el solicitante, la herramienta ISPN propone automáticamente al usuario categorías de personas con necesidades especiales que coinciden en esencia con las previstas en todas las Directivas; entre ellas, una categoría específica para las personas LGBTI. Resulta interesante comprobar qué indicadores dirigen a esta categoría en concreto. Además de las referidas a la orientación sexual y la identidad de género -que permiten señalar si el solicitante se identifica con alguno de los colectivos LGBTI-, la herramienta ISPN recomienda la categoría LGBTI en caso de que la persona:

- presente heridas propias de una agresión sexual o enfermedades de transmisión sexual¹¹⁷¹;
- evite o sea evitada por otras personas -especialmente si son de su misma cultura o de su género-;
- mantenga una relación problemática con su familia o se aísle de sus parientes;
- sufra cambios bruscos en sus hábitos alimenticios, su peso o su humor;
- tenga tendencia a colocarse en situaciones peligrosas, a autolesionarse o a albergar pensamientos suicidas;
- padezca de insomnio;
- albergue sentimientos de culpabilidad o vergüenza;

¹¹⁷⁰ Para la identificación y documentación de síntomas y signos de tortura o violencia física, psicológica o sexual, la Directiva de procedimientos sugiere aplicar el Protocolo de Estambul del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Vid. ACNUDH, Protocolo de Estambul – manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, ONU, Nueva York/Ginebra, 2004.

¹¹⁷¹ A pesar de que la vinculación entre las personas LGBTI y ETS es un estereotipo tradicionalmente combatido por este colectivo, lo cierto es que en gran parte del mundo la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el derecho a la salud sexual y reproductiva las convierte en un grupo de riesgo para estas enfermedades, *Vid. ECOSOC, Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Documento E/C.12/GC/22, de 2 de mayo de 2016 (“Observación general 22”); *EI, Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §53.

- se sienta humillada o desconectada de sí misma.

Una vez determinado que el solicitante podría tener necesidades especiales por ser LGBTI, el usuario señala el momento del procedimiento de asilo en el que se encuentra: en el primer contacto con las autoridades, durante la acogida, en la entrevista, etc. Finalmente, la herramienta elabora un informe sobre las garantías que necesita. Si la categoría seleccionada es LGBTI¹¹⁷², incluye en primer lugar definiciones -muy similares a las recogidas en los Principios de Yogyakarta- sobre conceptos relevantes como orientación sexual, identidad de género o los distintos colectivos LGBTI. Además, advierte expresamente que se trata de términos con una base cultural, por lo que pueden no ser utilizados en el país de origen del solicitante de la misma forma¹¹⁷³. El personal debe tener también en consideración otras posibles necesidades especiales producidas por causas de vulnerabilidad habitualmente presentes en las personas LGBTI -como por ejemplo haber sido víctimas de violaciones-¹¹⁷⁴. El resto del informe consiste en las acciones que el personal a cargo de una solicitud debe tener en cuenta en cada momento del procedimiento de asilo y durante la acogida¹¹⁷⁵. La EASO advierte que esta herramienta aporta indicaciones y no medidas definitivas, pudiendo ser precisas otras soluciones individuales¹¹⁷⁶. La Oficina insiste también en que la herramienta ISPN no puede sustituir la formación y las medidas de sensibilización en necesidades especiales de los solicitantes de asilo, siendo ambas fundamentales para una correcta determinación de personas vulnerables¹¹⁷⁷.

En nuestra opinión, el uso de esta herramienta por parte de las autoridades nacionales, en combinación con un programa de formación de calidad y con la práctica de pruebas compatibles con la jurisprudencia del TJUE y el TEDH¹¹⁷⁸, puede facilitar

¹¹⁷² Un ejemplo de informe elaborado por la herramienta ISPN sobre las necesidades especiales de un solicitante de asilo LGBTI es incluido en este trabajo como Anexo I.

¹¹⁷³ Anexo I, p. 2.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 4-13.

¹¹⁷⁶ *Vid.* <https://ipn.easo.europa.eu/es/c%C3%B3mo-utilizar-esta-herramienta> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁷⁷ *Vid.* <https://ipn.easo.europa.eu/es/sobre-esta-herramienta> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁷⁸ Por ejemplo, la práctica de exámenes médicos o psicológicos que no tengan como objetivo determinar la orientación sexual del solicitante sino corroborar o comprobar que presenta síntomas compatibles con

que se detecten a solicitantes de asilo LGBTI que precisen de garantías procedimentales y de acogida particulares para poder atender correctamente las necesidades específicas derivadas de su vulnerabilidad. Sin embargo, la automatización de este examen no debe provocar que se pasen por alto los riesgos inherentes a la calificación de grupos de personas como “vulnerables”. Debe tenerse especial cuidado con caer en visiones esencialistas del colectivo LGBTI que hagan invisibles las circunstancias personales de sus miembros o ignoren las diferencias entre los distintos subgrupos que lo conforman¹¹⁷⁹, o con adoptar una visión paternalista de estas personas como incapaces de actuar con autonomía propia debido a su vulnerabilidad¹¹⁸⁰. Al categorizar a las personas como vulnerables no sólo se les asigna un determinado estatuto jurídico, sino también una narrativa¹¹⁸¹ con connotaciones que hacen referencia a un ser herido e indefenso¹¹⁸² y que se extienden a todo el colectivo así calificado. En este sentido, enfoques holísticos como el prevalente en la herramienta ISPN permiten valorar no sólo su orientación sexual y su identidad de género como causas de vulnerabilidad de las personas LGBTI, sino también muchas otras. De este modo, se posibilitan análisis más ricos en matices y, por tanto, más cercanos a la individualización que debe caracterizar los procedimientos de asilo¹¹⁸³.

2.2.2. Solicitantes LGBTI y procedimientos acelerados: el concepto de país de origen seguro.

El reconocimiento de la vulnerabilidad o las necesidades especiales de un solicitante de asilo tiene consecuencias directas en la tramitación de su solicitud. Por ejemplo, el artículo 31.7 de la Directiva de procedimientos dispone que los Estados Miembros pueden dar prioridad al examen de aquellas solicitudes presentadas por personas vulnerables -en el sentido de la Directiva de acogida- o que necesiten garantías especiales. También, de acuerdo con el Considerando 30 de la misma Directiva, cuando no se pueda prestar el respaldo adecuado a este tipo de solicitantes, su petición podría

haber sufrido torturas o violencia física, psicológica o sexual, *Vid.* Anexo I, p. 3; Art. 18 Directiva de procedimientos.

¹¹⁷⁹ DUSTIN, M.; HELD, N., “In or out?...”, *cit. supra*, p. 76.

¹¹⁸⁰ PERONI, L.; TIMMER, A., “Vulnerable groups...”, *cit. supra*, pp. 1070-1074.

¹¹⁸¹ WRIGGINS, J., “Towards a feminist revision of torts”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 13-1, p. 140, citada en TRUJILLO, I., “Universalità, realismo e diritti. Su alcuni contribute del femminismo alla filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, Vol. 2, 2013, p. 371.

¹¹⁸² PERONI, L.; TIMMER, A., “Vulnerable groups...”, *cit. supra*, pp. 1058.

¹¹⁸³ Art. 4.3 Directiva de reconocimiento; Art. 10.3 a) Directiva de procedimientos.

excluirse de la tramitación por un procedimiento acelerado. Este tipo de procedimientos se caracterizan por acortar los plazos del procedimiento ordinario¹¹⁸⁴ y porque los eventuales recursos presentados contra una resolución denegatoria de la protección no tienen efectos suspensivos¹¹⁸⁵, lo que expone a los solicitantes de asilo a ser expulsados antes de que se resuelva su recurso¹¹⁸⁶. Se trata de una cuestión crucial en el caso de las personas LGBTI solicitantes de asilo, pues la complejidad que con frecuencia conlleva el examen de sus solicitudes -como, por ejemplo, en relación con el análisis de la credibilidad de sus declaraciones- las hace inadecuadas para este tipo de procedimientos expeditivos¹¹⁸⁷.

Los Estados Miembros podrán prever la tramitación de una solicitud por un procedimiento acelerado únicamente¹¹⁸⁸ en los supuestos previstos en el artículo 31.8. Entre ellos, destacaremos por su relevancia específica para las personas LGBTI tres: cuando el solicitante hubiese entrado ilegalmente y no hubiese formulado una solicitud de protección internacional a la mayor brevedad posible, sin una razón válida, dadas las circunstancias de su entrada; cuando sus alegaciones sean claramente incoherentes y contradictorias, manifiestamente falsas u obviamente inverosímiles o que contradigan suficiente información contrastada sobre el país de origen; y cuando el solicitante proceda de un país de origen seguro a efectos de la Directiva. Dado que en lo que respecta a los dos primeros supuestos podemos remitirnos a lo ya expuesto sobre la revelación tardía de la orientación sexual o la identidad de género y sobre los problemas que plantean los requisitos de coherencia -interna y externa- y verosimilitud en el caso de estos solicitantes de asilo, respectivamente, en este epígrafe nos centraremos en analizar el concepto de país de origen seguro en relación con las personas LGBTI.

¹¹⁸⁴ Considerando 20 Directiva de procedimientos.

¹¹⁸⁵ Art. 46.6 Directiva de procedimientos.

¹¹⁸⁶ ECRE, *Accelerated, prioritised and fast-track asylum procedures – legal frameworks and practice in Europe*, 2017, disponible en https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/05/AIDA-Brief_AcceleratedProcedures.pdf (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹¹⁸⁷ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §59.

¹¹⁸⁸ Sobre la exhaustividad del listado incluido en dicho precepto, *Vid.* COSTELLO, C.; HANCOX, E., “The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: caught between the stereotypes of abusive asylum-seeker and the vulnerable refugee”, en CHETAIL, V.; DE BRUYCKER, P.; MAIANI, F., *Reforming the Common European Asylum System*, cit. supra, p. 417.

La noción de país de origen seguro, regulada en los artículos 36 y 37 de la Directiva de procedimientos, constituye un ejemplo típico de lo que Hathaway¹¹⁸⁹ denomina políticas de no-entrada (*non-entrée*)¹¹⁹⁰, esto es, instrumentos normativos diseñados para desincentivar la llegada de refugiados al impedir tanto que accedan a su territorio como que puedan presentar con éxito una solicitud de protección internacional. Al igual que otras políticas de no entrada, tiene su origen en la percepción de los Estados de acogida de que sus sistemas de asilo son utilizados de manera fraudulenta por inmigrantes económicos, los cuales abusarían de la protección occidental para obtener un estatuto legal que les permitiera permanecer en su territorio¹¹⁹¹. Se fundamenta en la presunción de que en el Estado del que procede el solicitante de asilo no se produce persecución, de modo que el solicitante no sería un refugiado y, por tanto, podrían reducirse las salvaguardas procedimentales en su tramitación¹¹⁹².

En el SECA, la Directiva de procedimientos permite a los Estados Miembros designar a Estados terceros como países de origen seguros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 y el Anexo I. Así, un país de origen podrá ser considerado seguro cuando, de acuerdo con la situación jurídica, la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y las circunstancias políticas generales pueda demostrarse de manera general y sistemática que no existe persecución, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado¹¹⁹³. Esta valoración debe tener en cuenta, entre otros, el ordenamiento jurídico del país y su aplicación, la observancia de los derechos y libertades contenidos en los principales tratados de derechos humanos, el respeto al principio de no devolución

¹¹⁸⁹ HATHAWAY, J.C., *The rights of refugees under International Law*, cit. supra, p. 291 y 296; HATHAWAY, J.C., “The emerging politics of ‘non-entrée’”, *Refugees*, Vol. 91, 1992, p. 40.

¹¹⁹⁰ Si bien han recibido otras denominaciones por la doctrina, como políticas de no-llegada, de *neo-refoulement*, entre otras. Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Externalización de controles migratorios versus derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 37, 2019, p. 3.

¹¹⁹¹ VAN SELM, J., *Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures - 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits'*, ACNUR, 2001, p. 4; MORENO-LAX, V., “The legality of the safe third country” notion contested: insights from the Law of the Treaties”, en GOODWIN-GILL, G.; WECKEL, P., *Migration & refugee protection in the 21st Century: legal aspects*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2015, p. 665; EL-ENANY, N., “The New Europe and the European refugee — the subversion of the EU’s Refugee Law by its migration policy”, en JUSS, S., *Law and migration: Ashgate research companion to migration law, theory and policy*, Ashgate, Abingdon, 2013, pp. 3-76.

¹¹⁹² COSTELLO, C., “Safe country? Says who?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 28-4, 2016, p. 2.

¹¹⁹³ Anexo I Directiva de procedimientos.

y la existencia de un sistema de recursos eficaces contra las violaciones de los derechos humanos, y se sustentará en fuentes de información variadas. Entre ellas, la información de la que dispongan otros Estados Miembros, la EASO, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes.

No obstante lo anterior, la Directiva limita la aplicación del concepto de país de origen seguro a ciertos solicitantes de asilo: aquellos nacionales del país en cuestión o apátridas cuya residencia habitual se encuentre en el mismo- que no hayan aducido motivo grave alguno para que el país no se considere país de origen seguro en sus circunstancias particulares¹¹⁹⁴. Entendemos que existen razones suficientes para asegurar que este es el caso de las personas LGBTI solicitantes de asilo ya que, como ha sido expuesto, la información de la que disponen los Estados Miembros sobre los países de origen no siempre responde a unos estándares de calidad suficientes como para reflejar fielmente la realidad de este colectivo. Aunque la información disponible sobre un Estado tercero permita concluir que se trata de un país de origen seguro conforme a los criterios establecidos en el Anexo I de la Directiva de procedimientos, podría no serlo para las personas LGBTI¹¹⁹⁵. Ocurre así, por ejemplo, con la lista de países de origen seguros utilizada por las autoridades del Reino Unido¹¹⁹⁶, que incluye -entre otros- Estados como:

- Ghana, donde un artículo del Código Penal que castiga los “actos carnales antinaturales” ha sido utilizado para justificar la detención e, incluso, el linchamiento de personas homosexuales tan recientemente como en 2018¹¹⁹⁷;
- Jamaica, un país en el que la violencia contra las personas LGBTI -en particular, a manos de la policía- alcanza cotas de gran brutalidad¹¹⁹⁸ y la “sodomía” está considerada un “crimen abominable” castigado con una década de prisión¹¹⁹⁹, lo que

¹¹⁹⁴ Art. 36.1 Directiva de procedimientos.

¹¹⁹⁵ FRA, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights concerning an EU common list of safe countries of origin*, Opinión 1/2016, 2016, pp. 21-22.

¹¹⁹⁶ Reino Unido, *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, de 7 de noviembre de 2002, art. 94.5.

¹¹⁹⁷ RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra 328.

¹¹⁹⁸ HRW, *Not safe at home – violence and discrimination against LGBT people in Jamaica*, 2014.

¹¹⁹⁹ RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra 413.

ha llevado al Tribunal Supremo británico a considerar su inclusión en esta lista como ilegal¹²⁰⁰;

- Nigeria, donde, además de castigarse la homosexualidad con hasta catorce años de prisión, ciertas regiones del norte en las que se aplica la Sharía prevén la pena de muerte para las relaciones entre personas del mismo género¹²⁰¹;
- Kenia, cuyo Tribunal Supremo ratificó en mayo de 2019 y por unanimidad la legalidad de normas criminalizadoras de las relaciones entre personas del mismo género dictadas por las autoridades coloniales británicas y que aun hoy se mantienen en vigor en el país africano¹²⁰².

Salvo en el caso de Jamaica, Reino Unido considera a estos Estados como países de origen seguros únicamente para los solicitantes de asilo hombres; sin embargo, no realiza distinción alguna en relación con las personas LGBTI. A diferencia de Reino Unido, Países Bajos sí lo hace, al menos parcialmente. A pesar de que su lista¹²⁰³ incluye Estados peligrosos para las personas LGBTI tales como Marruecos, Jamaica, Senegal, Argelia o Túnez, el concepto de país de origen seguro no se aplica a este tipo de solicitantes que procedan de dichos Estados; sin embargo, sí a los originarios de Ghana¹²⁰⁴.

Estas diferencias entre las listas nacionales de países de origen seguros -que pueden comprobarse en el resto de Estados Miembros que las han elaborado¹²⁰⁵- ponen de manifiesto la insuficiencia de la regulación de este concepto contenida en la Directiva de procedimientos en relación con las personas LGBTI¹²⁰⁶. Aunque los criterios contenidos en el Anexo I no forman una lista exhaustiva, consideramos que la ausencia de cualquier

¹²⁰⁰ Reino Unido, The Supreme Court, *R (on the application of Jamar Brown (Jamaica)) (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, Sentencia sobre el Recurso [2013] EWCA Civ 666, de 4 de marzo de 2015.

¹²⁰¹ RAMÓN MENDOS, L., *Informe ILGA 2019*, cit. supra 359.

¹²⁰² “Kenya’s High Court upholds a ban on gay sex”, *The New York Times* de 24 de mayo de 2019.

¹²⁰³ Disponible en el sitio web del gobierno neerlandés, *vid.* <https://www.government.nl/topics/asylum-policy/question-and-answer/list-safe-countries-of-origin>

¹²⁰⁴ CE, *European Migration Network Inform – Safe Countries of Origin*, 2018, disponible en http://emn.ie/cat_publication_detail.jsp?clog=1&itemID=3128&t=6 (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²⁰⁵ *Vid.*, ECRE, “Safe countries of origin: a safe concept?”, *AIDA Legal Briefing*, Vol. 3, 2015; CE, *European Migration Network Inform – Safe Countries of Origin*, cit. supra.

¹²⁰⁶ FERREIRA, N., “Reforming the Common European Asylum System...”, cit. supra, p. 35.

mención a la protección de las minorías y las personas en situación de especial vulnerabilidad no sólo provoca grandes diferencias entre las listas nacionales de países de origen seguros, sino que redundaría en una menor protección de los solicitantes de asilo LGBTI al no ser excluidos de la aplicación de este concepto en la mayoría de los Estados Miembros. Esta circunstancia nos lleva a concluir que la situación específica de las personas LGBTI en el país de origen no es tomada en cuenta en la designación por parte de los Estados Miembros de una lista de países de origen seguro. Además, compartimos la opinión de parte de la doctrina de que dichas listas son elaboradas en base a criterios políticos más relacionados con el número de solicitantes de asilo procedentes de esos países que con la protección efectiva de los derechos humanos¹²⁰⁷. Este enfoque resulta especialmente peligroso en el caso de las personas LGBTI porque, como reconoce el Considerando 32 de la Directiva de procedimientos, las solicitudes relacionadas con el factor género presentan una complejidad particular que debe ser tomada en cuenta en los procedimientos acelerados.

2.2.3. Entrevistas personales a solicitantes LGBTI.

Las necesidades procedimentales especiales de los solicitantes LGBTI se manifiestan también en los distintos contactos que mantienen con el personal de las autoridades nacionales. Especialmente, durante la entrevista personal previa a que se adopte una resolución sobre su solicitud (art. 14 Directiva de procedimientos). Se trata de un momento especialmente delicado para los solicitantes de asilo LGBTI, pues gira en torno a la revelación de experiencias profundamente íntimas¹²⁰⁸. Por esta razón es necesario que el personal que realiza la entrevista genere un ambiente privado, de apoyo, seguro y libre de prejuicios que permita la comunicación de asuntos personales y sensibles¹²⁰⁹, facilitando así que las personas LGBTI expongan sus razones de manera completa (art. 15.3 Directiva de procedimientos). Además, el contenido de la entrevista será en todo caso confidencial (art. 15.2 Directiva de procedimientos), especialmente en

¹²⁰⁷ GOODWIN-GILL, G., "Safe Country? Says Who?", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 4, 1992, p. 242; COSTELLO, C., "Safe country? Says who?", cit. supra, p. 10; EL-ENANY, N., "The safe country concept in European Union asylum Law: in safe hands?", *Cambridge Student Law Review*, Vol. 2, 2006, p. 5.

¹²⁰⁸ FERREIRA, N., "Portuguese refugee Law in the European Context: the case for sexuality-based claims", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27-3, 2015, p. 419.

¹²⁰⁹ ACNUR, *Directrices* núm. 9, §58-60.

lo que respecta a las cuestiones relacionadas con su orientación sexual, su identidad de género, sus características sexuales o su expresión de género¹²¹⁰, y así debe hacerse saber al solicitante¹²¹¹. Sin embargo, en la práctica no siempre duran lo suficiente¹²¹².

Con el fin de prestar a las personas LGBTI solicitantes de asilo el apoyo adecuado a sus necesidades, deberían ser tenidas en cuenta todas sus circunstancias personales que les sitúen en una posición de especial vulnerabilidad, tanto individualmente como de manera interrelacionada. Así, tendrán que atenderse sus necesidades específicas en caso de que se trate de una persona menor de edad¹²¹³ -especialmente si no se encuentra acompañada¹²¹⁴-, mujer¹²¹⁵, víctima de violencia sexual¹²¹⁶ o tiene alguna discapacidad¹²¹⁷, entre otras.

Estas exigencias hacen que la formación de todo el personal que interviene en la tramitación de la solicitud sea fundamental para responder correctamente a las necesidades de los solicitantes LGBTI. Así lo establece la Directiva de procedimientos, que exige que el personal sea competente (art. 4.1) y esté adecuadamente formado (art. 4.3), entre otras cuestiones, en aquellas relativas a las personas en situación de vulnerabilidad¹²¹⁸, debiendo tener un conocimiento general de los problemas que puedan afectar negativamente a la capacidad del solicitante de mantener una entrevista (art. 4.3 *in fine*). Una formación dirigida a la sensibilización del personal de asilo ante las necesidades de las personas LGBTI es esencial para evitar actitudes negativas que puedan

¹²¹⁰ Principio núm. 6 f) Principios de Yogyakarta.

¹²¹¹ ACNUR, *Directrices núm. 9*, §60 i.

¹²¹² FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 4.

¹²¹³ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional N° 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2009 (“Directrices núm. 8”); SALINAS DE FRÍAS, A., “La protección de los menores migrantes”, cit. supra.

¹²¹⁴ Art. 25 Directiva de procedimientos; ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, 1997; SCEP, *Separated Children in Europe Program – statement of good practice*, 2019.

¹²¹⁵ ACNUR, *Directrices núm. 1*, cit. supra.

¹²¹⁶ ACNUR, *Directrices núm. 1*, cit. supra; ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §60 vii; RUNMEY, P., “Gay male rape victims: law enforcement, social attitudes and barriers to recognition”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2, 2009, pp. 233-250.

¹²¹⁷ ACNUR, *Working with persons with disabilities in forced displacement*, 2019.

¹²¹⁸ Art. 6.4 Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, *DOUE L 132*, de 29 de mayo de 2010, pp. 11-28.

resultar dañinas para estos solicitantes de asilo¹²¹⁹. Sin embargo, en la actualidad sólo algunos Estados Miembros incluyen estas cuestiones en sus planes de formación o han elaborado algún tipo de guía de actuación. Es el caso de Suecia, donde incluso existen técnicos especializados en las personas LGBTI, Francia y Países Bajos, que han elaborado guías específicas para este colectivo¹²²⁰. Por su parte, la EASO incluye en su programa de formación a formadores módulos específicos sobre género, identidad de género y orientación sexual y sobre entrevistas a personas en situación de vulnerabilidad¹²²¹. En el caso de los intérpretes, no existen apenas formación ni directrices en los Estados Miembros, a pesar de que en algunos han incurrido en actitudes discriminatorias¹²²² o desconocían qué vocabulario emplear¹²²³.

No sólo la formación del personal es relevante para las personas LGBTI, sino también sus características. A este respecto, la Directiva de procedimientos prevé que, de ser necesario, tanto el personal encargado de las entrevistas (art. 15.3 b)), como los intérpretes (art. 15.3 c)) y aquellos que realicen registros corporales (art. 13.2 d)) serán del mismo género que el solicitante, si así lo solicita y es posible. En muchos Estados Miembros, el solicitante puede indicar si prefiere ser entrevistado o asistido de intérprete por un hombre o una mujer¹²²⁴. En nuestra opinión es preferible dejar esta elección al solicitante, pues permitirá que se sienta en la mejor disposición posible para exponer su caso. Sin embargo, otras características no mencionadas en la Directiva pueden tener un influjo directo en la capacidad de una persona LGBTI para expresarse. Así, los intérpretes que provengan de su mismo Estado, comunidad religiosa o grupo étnico pueden dificultar enormemente su declaración al hacerle sentir vergüenza¹²²⁵ o, incluso, temor¹²²⁶.

¹²¹⁹ BERG, L.; MILLBANK, J., “Constructing the personal narratives...”, cit. supra, p. 198-199; ACNUR, *Directrices núm. 9*, cit. supra, §60 iii-iv.

¹²²⁰ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 8.

¹²²¹ EASO, *Plan of the Train-the-Trainers’ Sessions of the EASO Training Curriculum – 2018*, disponible en <https://www.easo.europa.eu/training> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²²² FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 9.

¹²²³ *Ibid.* p. 10.

¹²²⁴ JANSEN, S., *Good practices...*, cit. supra, p. 40.

¹²²⁵ FERREIRA, N., “Reforming the Common European Asylum System...”, cit. supra, p. 36.

¹²²⁶ CoE, “Open minds are needed to improve the protection of LGBTI asylum seekers in Europe”, Human Rights Comment, Commissioner for Human Rights, 2018, disponible en <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/open-minds-are-needed-to-improve-the-protection-of-lgbti-asylum-seekers-in-europe> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019); KÄLIN, W., “Troubled communication...”, cit. supra, p. 233.

2.3. La acogida de los solicitantes de asilo LGBTI.

2.3.1. Riesgos derivados del internamiento de solicitantes de asilo LGBTI.

El internamiento de solicitantes de asilo durante la tramitación de sus peticiones es probablemente una de las cuestiones que ha suscitado una mayor cantidad de comentarios tanto en la doctrina¹²²⁷ como en las organizaciones de la sociedad civil¹²²⁸. Esta atención está justificada: se trata de una medida que afecta de manera muy relevante a los derechos fundamentales de personas que no sólo se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, sino que además han sido privadas de su libertad sin haber cometido delito alguno¹²²⁹. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha declarado que el internamiento de solicitantes de asilo constituye una medida de privación de libertad encaminada a evitar la entrada no autorizada en el país¹²³⁰. Por tanto, sería uno de los supuestos en los que podría adoptarse una medida de privación de libertad de acuerdo con el artículo 5.1 f) CEDH¹²³¹. No obstante, la interpretación del Tribunal de Estrasburgo ha sido criticada por permitir a los Estados la adopción de medidas privativas de libertad aun cuando no fueran necesarias¹²³².

Sin embargo, los estándares protectores recogidos en la normativa del SECA habrían elevado los del TEDH en esta cuestión. En primer lugar, por haber consagrado el

¹²²⁷ HATHAWAY, J.C., *The rights of refugees under International Law*, cit. supra, p. 413; COSTELLO, C.; MOUZOURAKIS, M., “EU Law and the detainability of asylum-seekers”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, 2016, pp. 47-73; HAILBRONNER, K., “Detention of asylum seekers”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, pp. 159-172; FLYNN, M., “Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 31, 2012, pp. 40-68; BLOOMFIELD, A., “Alternatives to detention at a crossroads: humanization or criminalization”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, 2016, pp. 29-46; O’NIONS, H., “The right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, 2008, pp. 149-185.

¹²²⁸ MATEVŽIČ, G., *Crossing a red line – how EU countries undermine the right to liberty by expanding the use of detention of asylum seekers upon entry: case studies on Bulgaria, Greece, Hungary and Italy*, Hungarian Helsinki Committee, Budapest, 2019; ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe – constructed on shaky ground?*, 2017; HRW, *We Went to a US Border Detention Center for Children. What We Saw was Awful*, 24 de junio de 2019, disponible en <https://www.hrw.org/news/2019/06/24/we-went-us-border-detention-center-children-what-we-saw-was-awful> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²²⁹ ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe...*, cit. supra, p. 7.

¹²³⁰ *Saadi v. the United Kingdom* [GC], Núm. 13229/03, ECHR 2008; *Suso Musa v. Malta*, núm. 42337/12, de 23 de julio de 2013.

¹²³¹ Que incluye una lista numerus clausus, Vid. *Saadi v. the United Kingdom*, §43; *Suso Musa v. Malta*, §89.

¹²³² O’NIONS, H., “The right to liberty...”, cit. supra, pp. 172-176, 184-185.

derecho a permanecer en el territorio del Estado Miembro (art. 9 Directiva de procedimientos), lo que descartaría que se tratase de una detención para evitar la entrada irregular¹²³³. En segundo lugar, porque prevé expresamente que los Estados Miembros únicamente podrán internar a un solicitante “cuando ello resulte necesario” tras una evaluación individualizada del caso y ante la ausencia de medidas menos gravosas (art. 8.2 Directiva de acogida), y nunca “por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional” (art. 8.1 Directiva de acogida). Esta medida solamente se podría adoptar en los casos previstos en el artículo 8.3 de la Directiva de acogida; sin embargo, éstos adolecen de un marcado carácter criminalizatorio¹²³⁴, recurriendo a expresiones más propias del Derecho Procesal Penal como el “riesgo de fuga” (art. 8.3 b) Directiva de acogida) o permitiendo el internamiento en supuestos tan amplios e indefinidos como “cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público” (art. 8.3 e) Directiva de acogida). En cualquiera de estos supuestos, la decisión de internar a un solicitante de asilo debe tomarse de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad y con el resto de las obligaciones internacionales de los Estados Miembros (Considerando 15 Directiva de acogida).

En el caso de los solicitantes de asilo con necesidades de acogida particulares el Derecho de la Unión no prohíbe que sean sometidos a una medida privativa de su libertad. Así, el artículo 11 de la Directiva de acogida prevé una serie de garantías específicas para estos solicitantes, pero no excluye su aplicación. No obstante, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y sus necesidades particulares deben tener un peso clave en la decisión de adoptar una medida de internamiento¹²³⁵. El ya citado asunto *O.M. contra Hungría* puso de manifiesto que el internamiento de personas LGBTI solicitantes de asilo requiere de las autoridades una especial atención a sus necesidades y a los riesgos a los que se enfrentarían en caso de ser internadas¹²³⁶.

¹²³³ COSTELLO, C.; MOUZOURAKIS, M., “EU Law and the detainability of asylum-seekers”, cit. supra, p. 55.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 70; LEGOMSKY, S., “The new path of immigration Law: asymmetric incorporation of criminal justice norms”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 64-2, 2007, pp. 469-528.

¹²³⁵ PETIN, J., “Exploring the role of vulnerability in immigration detention”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35-1, 2016, p. 3; ACNUR, *Detention guidelines – guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012, §34.

¹²³⁶ *O.M. v. Hungary*, §53.

Aunque la Directiva de acogida no mencione a este colectivo, lo cierto es que los solicitantes de asilo LGBTI internados corren enormes riesgos de verse expuestos a violencia -incluida la violencia sexual-¹²³⁷, discriminación e, incluso, a la explotación y la trata de personas¹²³⁸. Especialmente, cuando son internados con otros solicitantes de asilo provenientes de sus países de origen u otros Estados en los que prevalezcan los prejuicios contra este colectivo¹²³⁹. Por este motivo es imprescindible que se adopten medidas para garantizar la seguridad de las personas LGBTI internadas. De no ser posible, deberían tomarse en consideración otras alternativas, evitando no obstante el aislamiento del solicitante¹²⁴⁰ y, en general, todas aquellas que impliquen una mayor marginación o restricciones más graves de sus derechos¹²⁴¹. Además, no sólo los solicitantes internos corren estos riesgos, sino también aquellas personas LGBTI que son alojadas sin ser privadas de su libertad. Desafortunadamente, la mayor parte de los Estados Miembros no disponen de instalaciones específicas para las personas LGBTI¹²⁴². Tampoco la Directiva de acogida incluye ninguna indicación en este sentido, limitándose a establecer la segregación de los internos según el binarismo hombre-mujer (Art. 11.5 Directiva de acogida). A nuestro juicio, la mera separación en hombres y mujeres no responde suficientemente a las necesidades del colectivo LGBTI. En especial, a las de las personas transgénero¹²⁴³.

No obstante, ciertos Estados Miembros han adoptado medidas que sirven como ejemplo de buenas prácticas. Por ejemplo, en Alemania el gobierno estatal de Berlín ha creado un centro especial para 125 solicitantes LGBTI en el que, además de ser acogidos y atendidos por personal formado específicamente, se les presta asistencia para encontrar

¹²³⁷ HRW, *España: Solicitantes de asilo LGBT sufren abusos en enclave del norte de África*, 2017; FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11.

¹²³⁸ CoE, “Open minds are needed...”, cit. supra.

¹²³⁹ EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, 2019 p. 52; *O.M. v. Hungary*, §53; JANSEN, S., *Good practices...*, cit. supra, p. 47; FERREIRA, N., “Reforming the Common European Asylum System...”, cit. supra, p. 33.

¹²⁴⁰ ACNUR, *Detention guidelines...*, cit. supra, §65.

¹²⁴¹ Principios de Yogyakarta, Principio núm. 9 A y D.

¹²⁴² FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11.

¹²⁴³ ACNUDH, *Informe ACNUDH LGBTI 2015*, §36; COLEMAN E., et al., *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, World Professional Association for Transgender Health, 2012, p. 78.

alojamiento privado¹²⁴⁴, medida similar a la adoptada en ciertas ciudades suecas¹²⁴⁵. En Austria, las mujeres transgénero suelen ser alojadas con otras mujeres no acompañadas en centros no mixtos, mientras que se intenta facilitar a otras personas LGBTI alojamientos individuales en albergues y hoteles¹²⁴⁶, una práctica que también se ha llevado a cabo en países como Dinamarca o Francia¹²⁴⁷ y que en abril de 2019 se ha comenzado a desarrollar en España¹²⁴⁸. No obstante, en ninguno de los casos los medios son suficientes para satisfacer la demanda de alojamientos adaptados a las personas LGBTI, y con frecuencia el acceso a éstos se produce como respuesta a los abusos sufridos por el solicitante en otras instalaciones y no como medida preventiva de los mismos¹²⁴⁹.

2.3.2. *La atención sanitaria a los solicitantes de asilo LGBTI: el caso de las personas transgénero.*

En el Sistema Europeo Común de Asilo, las condiciones materiales de acogida que los Estados Miembros deben facilitar a los solicitantes de asilo no se limitan al alojamiento, sino que incluyen además la alimentación y el vestido (art. 2 g) Directiva de acogida). Como norma general, éstas deben proporcionarles un nivel de vida adecuado que garantice su subsistencia y la protección de su salud física y psíquica (art. 17.2 Directiva de acogida), especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad o que son objeto de internamiento (art. 17.2 *in fine* Directiva de acogida). De modo que los Estados Miembros deben velar por que reciban la atención sanitaria necesaria, que incluirá como mínimo los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos, así como aquellos derivados de las necesidades de acogida particulares de los solicitantes (art. 19 Directiva de acogida). La salud física y psíquica de estos solicitantes debe ser una prioridad de los Estados Miembros, que han de controlar

¹²⁴⁴ APT, *Towards the Effective Protection of LGBTI Persons Deprived of Liberty: a monitoring guide*, Asociación para la Prevención de la Tortura, Ginebra, 2018, p. 127.

¹²⁴⁵ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11.

¹²⁴⁶ JANSEN, S., *Good practices...*, cit. supra, p. 48.

¹²⁴⁷ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11.

¹²⁴⁸ KIF-KIF, *Madrid inaugura su primer recurso residencial para personas refugiadas LGTBI*, 12 de abril de 2019, disponible en <https://kifkif.info/madrid-inaugura-su-primer-recurso-residencial-para-personas-refugiadas-lgtbi/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²⁴⁹ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11.

regularmente y prestar la ayuda adecuada de acuerdo con su situación particular (art. 11 Directiva de acogida).

El respeto a estas obligaciones de los Estados Miembros de velar por la salud de los solicitantes de asilo con necesidades de acogida particulares reviste una importancia clave en el caso de las personas LGBTI, las cuales tienen derecho a acceder a los más altos estándares de salud física y mental en condiciones de igualdad¹²⁵⁰. Con frecuencia, la situación de discriminación y exclusión en la que se encuentran restringe gravemente el ejercicio por estas personas de su derecho a la salud¹²⁵¹, y en especial, a la salud sexual y reproductiva¹²⁵². Como consecuencia, a menudo se ven expuestas a un mayor riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual y desconfían del personal sanitario¹²⁵³. Dentro de este grupo, atender las necesidades específicas de las personas transgénero reviste una importancia esencial, sobre todo cuando son sometidas a un régimen de internamiento¹²⁵⁴. Y ello no sólo porque la discriminación que sufren las expone incluso más a los riesgos descritos, sino porque a menudo requieren de una asistencia sanitaria única a causa del proceso de transición desde el sexo que les fue asignado al nacer al género con el que se identifican.

Desde 2019, la Organización Mundial de la Salud ha dejado de considerar la “discordancia de género” -que define como la falta de coincidencia entre el sexo asignado al nacer y la identidad de género- como un trastorno mental, para clasificarla como una “condición relacionada con la salud sexual”¹²⁵⁵. Aunque se trata de un importante avance en la despatologización de las identidades trans -reivindicación clásica del movimiento LGBTI en general y de las personas trans en particular¹²⁵⁶- la inclusión en una categoría

¹²⁵⁰ Principios de Yogyakarta, Principio núm. 17.

¹²⁵¹ ACNUDH, *Informe ACNUDH LGBTI 2015*, §50-54.

¹²⁵² ECOSOC, *Observación General 22*, cit. supra, §2.

¹²⁵³ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §53.

¹²⁵⁴ Principios de Yogyakarta, Principio núm. 9.

¹²⁵⁵ Vid. OMS, *Clasificación internacional de enfermedades CIE-11*, cit. supra.

¹²⁵⁶ Como muestra, por ejemplo, la conmemoración del Día Internacional por la Despatologización Trans todos los 21 de octubre; HRW, *Transgender activists fight historical mental health diagnosis – international day of solidarity marks progress, challenges*, 21 de octubre de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/10/21/transgender-activists-fight-historical-mental-health-diagnosis> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

denominada “condiciones relacionadas con la salud sexual” y la utilización del término “discordancia de género” siguen siendo consideradas erróneas y estigmatizadoras¹²⁵⁷.

Como manifestó el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los diagnósticos de salud mental utilizados para equiparar las identidades de las personas LGBTI a enfermedades agravan la discriminación y el estigma al que se ven sometidas¹²⁵⁸. Por tanto, debe subrayarse que las personas trans no son personas enfermas. Sin embargo, la angustia que puede producirse por la discrepancia existente entre su identidad de género y su sexo asignado al nacer es una condición para la que existe tratamiento¹²⁵⁹. Este tratamiento debe ser individualizado, y puede incluir cambios en la expresión de género, terapia hormonal, cirugías para cambiar las características sexuales primarias o secundarias (como los senos, los genitales o el contorno corporal) y/o psicoterapia¹²⁶⁰. En lo que respecta a las condiciones de acogida que deben garantizarse a los solicitantes de asilo transgénero para atender correctamente sus necesidades particulares, deben destacarse tres¹²⁶¹: el apoyo psicosocial trans-específico, la continuación de una terapia hormonal ya iniciada y los cuidados posteriores a una cirugía de reasignación de sexo.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11.1 y 19.2 de la Directiva de Acogida, la salud psíquica de las personas transgénero debe ser una prioridad de las autoridades nacionales de asilo. Para ello es preciso prestar una atención psicológica adecuada a través de personal formado específicamente en las necesidades de las personas transgénero que le ayude a superar posibles experiencias traumáticas provocadas por la transfobia, a evitar el aislamiento al que se suelen ver abocadas las personas trans en los contextos de asilo, a estabilizar su bienestar psicológico, a prevenir posibles ideas suicidas o la dependencia

¹²⁵⁷ EI-LGBTI, *Informe EI-LGBTI al CDH 2018*, cit. supra, §10-16; “Declaración conjunta sobre el proceso de la CIE-11 para las identidades trans y de género diverso”, Manifiesto presentado por, entre otras organizaciones, ILGA, TGEU, GATE, la Unión Latinoamericana de Identidades Trans o la Asia-Pacific Transgender Network, disponible en <https://transactivists.org/cie-11-proceso-trans/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²⁵⁸ CDH, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Documento A/HRC/35/21, de 28 de marzo de 2018, §48.

¹²⁵⁹ COLEMAN E., et al., *Normas de atención para la salud de personas trans...*, cit. supra, pp. 5 y 6.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 10-11.

¹²⁶¹ TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions*, Transgender Europe, Berlín, 2018, disponible en <https://tgeu.org/trans-healthcare-in-asylum-reception-conditions/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

de sustancias y a asistirles en el desarrollo de su identidad de género para evitar la automedicación¹²⁶².

En el caso de los solicitantes de asilo que hayan iniciado una terapia hormonal, su continuación es fundamental para garantizar una atención sanitaria adecuada a las personas trans solicitantes de asilo, especialmente las que hayan sido internadas¹²⁶³. Las terapias de reemplazo hormonal (TRH) ayudan a las personas trans que lo necesitan a modificar su cuerpo para adecuarlo a su identidad de género, y muchas de ellas pueden haberla iniciado con anterioridad a llegar al país de acogida, bien bajo supervisión médica, bien a través la automedicación con hormonas obtenidas en el mercado negro¹²⁶⁴. La interrupción de esta terapia puede tener consecuencias muy graves para la salud física - como el desarrollo de osteoporosis¹²⁶⁵- y mental. Se ha demostrado que las TRH reducen los riesgos de sufrir depresión, ansiedad, tendencias suicidas, alcoholismo o drogadicción¹²⁶⁶, una tendencia que se invierte con fuerza cuando, al interrumpir el tratamiento, los cambios corporales comienzan a revertirse¹²⁶⁷. Con el fin de garantizar la continuidad de estos tratamientos, son imprescindibles tanto el desarrollo de protocolos y directrices en este sentido como la formación específica a los proveedores de salud, pues investigaciones de primer nivel en la materia sugieren que la falta de conocimientos provoca en el personal sanitario inseguridad y falta de voluntad para suministrar las TRH¹²⁶⁸.

Finalmente, la obligación de proporcionar los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades (art. 19.1 Directiva de acogida) obliga a los Estados Miembros a prestar la asistencia sanitaria precisa para el tratamiento posterior a una cirugía de

¹²⁶² *Ibid.*, p. 2.

¹²⁶³ APT, *Towards the Effective Protection of LGBTI Persons Deprived of Liberty...*, cit. supra, p. 90.

¹²⁶⁴ TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions...*, cit. supra, p. 2-3.

¹²⁶⁵ GOOREN, L., "Care of transexual persons", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 364, 2011, p. 1253.

¹²⁶⁶ COLIZZI, M.; COSTA, R.; TODARELLO, O., "Transsexual patients' psychiatric comorbidity and positive effect of cross-sex hormonal treatment on mental health: results from a longitudinal study", *Psychoneuroendocrinology*, Vol. 39, 2014, pp. 65-73; WILSON, E., *et al.*, "Connecting the dots: examining transgender women's utilization of transition-related medical care and associations with mental health, substance use, and HIV", *Journal of Urban Health*, Vol. 92-1, 2015, pp. 182-192.

¹²⁶⁷ TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions...*, cit. supra, p. 3.

¹²⁶⁸ SHIRES, D., *et al.*, "Primary care providers' willingness to continue gender-affirming hormone therapy for transgender patients", *Family Practice*, Vol. 35-5, 2018, pp. 576-581.

reafirmación del género (también llamada de reasignación del sexo)¹²⁶⁹, es decir, a una intervención quirúrgica que busca modificar las características sexuales primarias y secundarias para que coincidan la identidad de género de una persona¹²⁷⁰. Estos cuidados posoperatorios incluyen todos aquellos que sean necesarios para tratar las posibles complicaciones derivadas de la cirugía, como incontinencia, sangrado, inflamación, etc.¹²⁷¹ -especialmente si ésta no se ha realizado en las condiciones higiénicas y sanitarias óptimas¹²⁷²- además de la continuación de las TRH y la asistencia psicológica precisas. Aunque las cirugías de reafirmación del género suelen tener resultados muy beneficiosos para las personas transgénero que las necesitan, el periodo posoperatorio resulta especialmente complicado para su salud mental, existiendo un elevado riesgo de ansiedad y depresión¹²⁷³.

A pesar de lo crucial que es el acceso a estas modalidades de asistencia sanitaria para las personas trans, la realidad es que los Estados Miembros rara vez lo facilitan. De acuerdo con la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, las TRH son accesibles con normalidad solamente en algunos Estados como España, Finlandia o Países Bajos, mientras que sería bastante más complejo en Suecia, Dinamarca o Austria y prácticamente imposible en Grecia, Hungría o Polonia¹²⁷⁴.

2.3.3. Las familias LGBTI solicitantes de asilo.

Para la mayoría de los refugiados, permanecer junto a sus familias es una prioridad esencial¹²⁷⁵; sin embargo, en su huida se enfrentan a un “muy probable riesgo de separarse” de ella¹²⁷⁶. La separación de las familias afecta de manera muy grave a sus

¹²⁶⁹ TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions...*, cit. supra, p. 3-4.

¹²⁷⁰ COLEMAN E., *et al.*, *Normas de atención para la salud de personas trans...*, cit. supra, p. 105.

¹²⁷¹ TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions...*, cit. supra, p. 3-4.

¹²⁷² Como sería el caso de algunas personas transgénero que, al estar sometidas a un régimen de internamiento y sin la atención que su salud física y psíquica requieren, acaban por realizarse a sí mismas la cirugía, con resultados muy perjudiciales para su integridad física y psíquica e, incluso, arriesgando sus vidas. *Vid.*, BROWN, G., “Autocastration and autopenectomy as surgical selftreatment in incarcerated persons with gender identity disorder”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 12-1, pp. 31-39.

¹²⁷³ TOLLINCHE, L., *et al.*, “The perioperative care of the transgender patient”, *Anesthesia & Analgesia*, Vol. 127-2, 2018, pp. 359-366.

¹²⁷⁴ FRA, *LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 14.

¹²⁷⁵ HATHAWAY, J.C., *The rights of refugees under International Law*, cit. supra, p. 533.

¹²⁷⁶ JASTRAM, K.; NEWLAND, K., “La unidad familiar y la protección de los refugiados”, en FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2010, p. 616.

miembros¹²⁷⁷, mientras que conservarla unida facilita que se garantice su seguridad, protección, bienestar emocional y sustento económico¹²⁷⁸. Por esta razón, y a pesar del silencio que guarda al respecto la Convención de Ginebra de 1951, la Conferencia de Plenipotenciarios que la redactó incluyó en su Acta Final un llamamiento a los Estados a proteger la unidad familiar como un “derecho esencial del refugiado”¹²⁷⁹. Este principio refleja el derecho humano al respeto a la vida familiar, consagrado en los más importantes tratados universales de derechos humanos, así como, en el ámbito regional europeo, en el artículo 8 CEDH y el artículo 7 CDF.

Como consecuencia, la normativa del SECA contiene numerosas disposiciones encaminadas a mantener la unidad familiar. Por ejemplo, el artículo 23 de la Directiva de reconocimiento establece que los Estados velarán por mantenerla, lo que se traduce en que los familiares de una persona beneficiaria de algún estatuto de protección internacional tendrán derecho a las prestaciones contenidas en los artículos 24 a 35, aun cuando no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección y siempre que ello sea compatible con la condición jurídica personal del beneficiario. Sin embargo, es en el Reglamento de Dublín y en la Directiva de acogida donde se establecen más normas protectoras del principio de unidad familiar.

Así, el Reglamento de Dublín consagra tal principio como una “consideración primordial” de los Estados Miembros (Considerando 14 Reglamento de Dublín), autorizándoles a no aplicar los criterios de Dublín en caso de que sea la decisión más beneficiosa para mantener a las familias juntas (Considerando 15 Reglamento de Dublín). Además, varios de dichos criterios tienen en cuenta la situación familiar del solicitante (arts. 8 a 11 Reglamento de Dublín); en el caso de menores acompañados de un familiar, sus solicitudes serán siempre indisociables de las de su pariente (art. 20 Reglamento de Dublín).

¹²⁷⁷ NICHOLSON, F., *The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied*, ACNUR, Ginebra, 2018, p. 1.

¹²⁷⁸ ACNUR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s mandate no. 5 – processing claims based on the right to family unity*, 2016, disponible en <https://www.refworld.org/rsdproceduralstandards.html> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²⁷⁹ ONU, *Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, Documento A/CONF.2/108/Rev.1, de 26 de noviembre de 1952.

También la Directiva de acogida debe ser aplicada garantizando el cumplimiento íntegro del principio de unidad familiar (Considerando 9 Directiva de acogida). Ello implica que la Directiva debe ser aplicada a los familiares del solicitante de asilo si quedan cubiertos por su solicitud conforme al Derecho nacional (art. 3.1 Directiva de acogida) y que los Estados Miembros estén obligados a garantizar el contacto con los solicitantes sometidos a un régimen de internamiento (art. 10.4 Directiva de acogida). En lo que respecta al alojamiento, deben garantizar el respeto de la vida familiar, permitir el acceso de sus familiares al alojamiento del solicitante y velar porque los adultos dependientes permanezcan con sus parientes (art. 18 Directiva de acogida), además de facilitar un alojamiento separado a las familias para garantizar una intimidad adecuada (art. 11.4 Directiva de acogida).

En definitiva, el Sistema Europeo Común de Asilo incluye numerosas previsiones con consecuencias muy relevantes para las familias de los solicitantes de asilo y para su derecho al respeto de la vida familiar. Sin embargo, cabe preguntarse si las garantías contenidas en las mismas son aplicables a las personas LGBTI solicitantes de asilo y, en particular, a las familias formadas por parejas del mismo género. Con este fin, es preciso concretar qué concepto de familia resulta aplicable en el Sistema Europeo Común de Asilo a estas parejas. Las definiciones contenidas en los artículos 2 g) del Reglamento de Dublín, 2 j) de la Directiva de reconocimiento y 2 c) de la Directiva de acogida tienen una estructura similar.

En primer lugar, serán considerados “miembros de la familia” a efectos del SECA aquellos que se encuentren en el mismo Estado Miembro (en el caso de las Directivas de acogida y reconocimiento) o en el territorio de los Estados Miembros (en el Reglamento de Dublín). En segundo lugar, únicamente se tendrán en consideración aquellas relaciones familiares que existieran en el país de origen del solicitante, una restricción poco razonable teniendo en cuenta los a menudo prolongados periodos de tiempo que pueden pasar entre que el solicitante sale de su país de origen y pide en asilo en un Estado Miembro. En tercer lugar, serán considerados “miembros de la familia” el cónyuge o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable (Directiva de reconocimiento y

Reglamento de Dublín) o duradera (Directiva de acogida)¹²⁸⁰, siempre que en el Estado Miembro en cuestión las parejas no casadas reciban un trato similar (Directiva de acogida) o comparable (Directiva de reconocimiento y Reglamento de Dublín)¹²⁸¹ a las casadas con arreglo a su normativa sobre los nacionales de terceros países. Además de estos elementos, estas definiciones comparten una característica: son neutras en cuanto al género de los miembros de la pareja, lo que deja *a priori* la consideración de las parejas del mismo género como “familia” a la discrecionalidad de los Estados Miembros¹²⁸², lo cual puede impedir potencialmente el acceso de las personas LGBTI a las garantías protectoras de la unidad familiar¹²⁸³. Esta posición contrasta con la adoptada por el ACNUR, que menciona en sus Estándares de Procedimiento expresamente a las parejas estables del mismo género como “miembros cercanos de la familia”, un término con el que hace referencia a aquellos respecto de los cuales se presume una dependencia social, emocional o económica con el solicitante¹²⁸⁴.

En nuestra opinión, una interpretación de las definiciones de familia del SECA que excluya a las parejas entre personas del mismo género no sería compatible con la Carta de Derechos Fundamentales. De acuerdo con jurisprudencia asentada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 CEDH, las parejas estables formadas por personas del mismo género tienen derecho a que se respete tanto su vida

¹²⁸⁰ Esta inconsistencia entre “estable” y “duradera” se debe con toda probabilidad a una deficiente traducción al castellano, pues las versiones en inglés (“stable”), francés (“stable”) e italiano (“stabile”), por señalar algunas, son idénticas entre sí.

¹²⁸¹ En este caso, no parece que la diferencia se deba a la traducción. Mientras que en inglés se utiliza “comparable” en los tres textos normativos, en francés (“comparable” y “assimile”) e italiano sí que se utilizan dos términos diversos (“equipara” y “assimili”). Entendemos que no se tratan de divergencias lo suficientemente importantes como para cambiar el significado, pues no afectarían en ningún caso a la estructura general y la finalidad de la norma (*Vid.* Sentencia de 17 de marzo de 2016, *Kødbranchens Fællesråd*, C-112/15, EU:C:2016:185, §36; Sentencia de 28 de julio de 2016, *Città Metropolitana di Bari, anteriormente Provincia di Bari, contra Edilizia Mastrodonato Srl.*, C-147/15, ECLI:EU:C:2016:606, §29); Sentencia de 26 de abril de 2017, *Costin Popescu contra Guvernul României y otros*, C-632/15, ECLI:EU:C:2017:303, §35).

¹²⁸² DEL GUERCIO, A., “Quali garanzie per il diritto all’unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso?”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, p. 65.

¹²⁸³ FERREIRA, N.; DANISI, C.; DUSTIN, M.; HELD, N., *The reform of the Common European Asylum System...*, cit. supra, p. 18.

¹²⁸⁴ ACNUR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s mandate no. 5...*, cit. supra, p. 4.

privada como su vida familiar, de la misma forma que a las parejas heterosexuales¹²⁸⁵. En lo que respecta a la estabilidad exigible de la pareja, el TEDH ha declarado que incluso aquellas que no convivan juntas por motivos laborales, sociales¹²⁸⁶ o como consecuencia de la política migratoria del Estado¹²⁸⁷ comparten una vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH. Además, el respeto a este derecho exige que los Estados reconozcan legalmente y protejan a estas parejas¹²⁸⁸, si bien el TEDH ha dejado igualmente asentado que, de momento, no incluye una obligación de permitir el matrimonio entre personas del mismo género¹²⁸⁹.

Siguiendo las Explicaciones sobre la CDF, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 CEDH resulta aplicable al artículo 7 CDF¹²⁹⁰. A la luz de ésta, ha declarado en su Sentencia sobre el caso *Coman* que el término “cónyuge” está estrechamente vinculado al respeto a la vida privada y familiar¹²⁹¹, y debe ser interpretado como “neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo género”¹²⁹². Si bien el caso *Coman* se enmarca en la libertad de circulación inherente a la ciudadanía de la Unión, consideramos que esta interpretación sobre el término “cónyuge” puede (y debe) ser incorporada por analogía al SECA.

¹²⁸⁵ *Schalk and Kopf v. Austria*, núm. 30141/04, §94, ECHR 2010; *P.B. & J.S v. Austria*, núm. 18984/02, §30, de 22 de julio de 2010; *X and others v. Austria*, núm. 19010/07, §95, ECHR 2013; *Pajić v. Croatia*, 68453/13, §63-64, de 23 de febrero de 2016.

¹²⁸⁶ *Vallianatos and others v. Greece*, núm. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013, §73.

¹²⁸⁷ *Pajić v. Croatia*, cit. supra, §65-67.

¹²⁸⁸ *Oliari and others v. Italy*, núm. 18766/11 y 36030/11, de 21 de julio de 2015; *Orlandi and others v. Italy*, núm. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12, de 14 de diciembre de 2017.

¹²⁸⁹ *Ibid.*; vid. D'AMICO, M., “Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 2-2, 2015, p. 151-162; WINKLER, M., “Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso *Oliari c. Italia*”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 3-2, 2016, p. 46-61; POPPELWELL-SCEVAK, C., “*Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages*”, *Strasbourg Observes*, 2 de febrero de 2018, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/#more-4088> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹²⁹⁰ Sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, (“*Coman*”), §50.

¹²⁹¹ *Ibid.*, §48.

¹²⁹² *Ibid.*, §35.

Como expone el Abogado General Melchior Wathelet en sus Conclusiones sobre el caso *Coman*¹²⁹³, es jurisprudencia reiterada del TJUE que los principios de igualdad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión exigen por lo general una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión de aquellas disposiciones que no remitan expresamente al Derecho de los Estados Miembros para determinar su sentido y alcance¹²⁹⁴. Dicha interpretación debe tener en cuenta tanto el tenor de la disposición como su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte¹²⁹⁵. Al igual que en la Directiva objeto de interpretación en el caso *Coman*¹²⁹⁶, el término “cónyuge” aparece en las Directivas de reconocimiento y acogida y en el Reglamento de Dublín sin ninguna remisión al Derecho de los Estados Miembros. Por tanto, requiere de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión. En aras de garantizar el respeto a la vida privada y familiar, debe incluir necesariamente a las parejas casadas del mismo género, aplicándose por analogía la interpretación aplicable en el contexto de la libertad de circulación. Una interpretación diferente vulneraría unos derechos que, tanto el artículo 8 CEDH como el 7 CDF, reconocen a “toda persona”.

En lo que respecta a las parejas estables del mismo género no casadas, la argumentación no puede ser la misma, pues “cónyuge” designa a las personas unidas en matrimonio¹²⁹⁷. Sin embargo, consideramos que también debe entenderse aplicable a estas familias. En primer lugar, porque la jurisprudencia del TEDH relativa al respeto a la vida privada y familiar que se ha expuesto así lo reconoce. En segundo lugar, porque privar a las familias homosexuales de las garantías previstas para los miembros de la familia en el SECA sería un trato diferenciado basado únicamente en la orientación sexual

¹²⁹³ Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2, (“Conclusiones Coman”), §34.

¹²⁹⁴ Sentencia de 10 de diciembre de 2015, *Florin Lazar contra Allianz SpA*, C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802, §21; Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, §28.

¹²⁹⁵ Sentencia de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd/ BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, C-24/16 y C-25/16 ECLI:EU:C:2017:724, §70.

¹²⁹⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DOUE* L 158, de 30 de abril de 2004, pp. 77-123.

¹²⁹⁷ *Coman*, §34, refiriéndose a la sentencia de 25 de julio de 2008, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, §98-99.

y, por tanto, constituiría una discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH y el artículo 21 CDF¹²⁹⁸.

Como se ha apuntado, la relevancia de considerar a las parejas formadas por personas del mismo género -casadas o no- como familia a efectos del SECA es enorme. En el contexto del sistema de Dublín, se trata de una cuestión de la que puede depender la tramitación de las solicitudes de asilo de ambos miembros de la pareja por el mismo o por distintos Estados Miembros, con la consiguiente separación de ambos y ruptura de la unidad familiar en el segundo caso. También reviste una importancia decisiva en la acogida y, muy especialmente, en el internamiento, pues los Estados Miembros deben facilitar a las familias internadas un alojamiento separado que garantice su intimidad (art. 11.4 Directiva de acogida). En el caso de una pareja de personas del mismo género, esto puede suponer la diferencia entre ser acogido en un espacio seguro o verse expuesto a riesgos significativos para su integridad física y moral, al obligarles a optar entre ejercer su derecho a la vida privada y familiar junto a su pareja o reprimirla para evitar sufrir las consecuencias de la visibilidad. Un dilema idéntico al que se plantea con el criterio de discreción, con la diferencia de que se produciría dentro del territorio de la Unión¹²⁹⁹.

3. IMPACTO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL SECA EN LAS PERSONAS LGBTI SOLICITANTES DE ASILO

Como se ha expuesto en el tercer capítulo de este trabajo, la afluencia en grandes números de solicitantes de asilo a mediados de la década de los 2010 evidenció las deficiencias estructurales del Sistema Europeo Común de Asilo. Con la Agenda Europea de Migración de 2015, la Comisión Europea pretendía dar respuesta a estos defectos, originando así un proceso de reforma que, en 2019 y con una nueva Comisión actualmente en formación, todavía no ha culminado. En 2016, en una comunicación titulada “Hacia

¹²⁹⁸ *Salgueiro da Silva Mouta*, cit. supra, §36.; *X and others v. Austria*, cit. supra, §99; *Vallianatos and others v. Greece*, cit. supra, §77; *Pajić v. Croatia*, cit. supra, §59.

¹²⁹⁹ Según la Agencia de Derechos Fundamentales, se han dado casos de parejas homosexuales que han sido alojadas en módulos de hombres solteros, mientras las parejas heterosexuales disponían de un módulo específico, más privado, *Vid. FRA, LGBTI asylum seekers 2017*, cit. supra, p. 11. Dicha falta de intimidad coloca a las parejas del mismo género de solicitantes de asilo en la misma disyuntiva que el criterio de discreción, al obligarles a decidir entre ocultar su relación -y, por tanto, su orientación sexual- o arriesgarse a sufrir las consecuencias de ser visibles.

una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa”¹³⁰⁰, la Comisión marcó entre sus prioridades crear un sistema sostenible y justo para determinar el Estado Miembro responsable de la tramitación de las solicitudes de protección internacional, lograr una mayor convergencia en el sistema de asilo de la UE e impedir los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo¹³⁰¹.

Con estos fines, la Comisión presentó ese año dos paquetes de medidas. En el primero, presentado en mayo, propuso -entre otras- la reforma del Reglamento de Dublín que se ha desarrollado en el capítulo anterior. El segundo, de julio de ese mismo año, incluye Propuestas para reformar otros componentes fundamentales del SECA: las Directivas de procedimientos, acogida y reconocimiento, así como la Propuesta de Reglamento para crear un Marco Común en materia de reasentamiento que también ha sido desgranada en el anterior capítulo. En este epígrafe, analizaremos cómo las Propuestas de reforma de las mencionadas Directivas afectan a los solicitantes de asilo LGBTI, especialmente en lo que respecta a las deficiencias que hemos puesto de manifiesto a lo largo de las páginas anteriores.

3.1. La Propuesta de Reglamento de reconocimiento.

La disparidad en los índices de reconocimiento de las solicitudes de asilo que existe entre los Estados Miembros es un hecho constatado¹³⁰². Por ejemplo, mientras que las solicitudes presentadas por nacionales iraquíes obtuvieron en 2018 una resolución favorable en el 94,2% de los casos en Italia o un 69,4% en Grecia, en Suecia (26%), Bélgica (31,2%) o Bulgaria (12%) fueron considerablemente más bajas¹³⁰³. Según la Comisión Europea, estas divergencias suponen un incentivo para los solicitantes de asilo para presentar su solicitud en un Estado Miembro distinto del que sería su responsable aplicando el sistema de Dublín¹³⁰⁴. Con el objetivo de acabar con estas diferencias mediante una armonización completa de los requisitos exigibles para el reconocimiento de un estatuto de protección internacional y de los derechos de los beneficiarios de

¹³⁰⁰ CE, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, de 6 de abril de 2016, COM(2016) 197 final.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 5.

¹³⁰³ CEAR, *Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa*, 2019.

¹³⁰⁴ CE, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo...*, cit. supra, p. 5.

protección internacional, en julio de 2016 presentó una propuesta para sustituir la Directiva de reconocimiento por un Reglamento¹³⁰⁵.

La Propuesta de Reglamento de reconocimiento incluye varias modificaciones con un impacto potencial bastante elevado en las solicitudes de asilo presentadas por motivos de orientación sexual o identidad de género. En primer lugar, destaca la codificación de la jurisprudencia del TJUE respecto de los solicitantes de asilo LGBTI. Así, el Considerando 29 establece que las autoridades nacionales de asilo deben evaluar la credibilidad de los solicitantes de forma que se respeten los derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales, recogiendo expresamente que la prohibición de basar dicho análisis en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales y que el solicitante no debe ser sometido a interrogatorios o exámenes minuciosos sobre sus prácticas sexuales. Aunque se trata de una inclusión muy bienvenida, la mención específica a la homosexualidad limita su alcance. Para proteger a las personas LGBTI, debería referirse a la orientación sexual y la identidad de género, como recomienda el ECRE¹³⁰⁶, así como a las características sexuales y la expresión de género, en línea con las recomendaciones de ILGA¹³⁰⁷ y la versión ampliada de los Principios de Yogyakarta¹³⁰⁸.

Otra inclusión que debe ser bien recibida es la prohibición del criterio de discreción, contenida en el artículo 10.3 de la Propuesta de Reglamento de reconocimiento. Según este precepto, las autoridades decisorias no pueden “esperar razonablemente que un solicitante se comporte de forma discreta o se abstenga de ciertas prácticas” para evitar el riesgo de persecución en su país de origen cuando dicho comportamiento o prácticas sean “inherentes a su identidad”. En este caso, la redacción es lo suficientemente amplia como para incluir sin lugar a duda tanto la orientación sexual como la identidad de género, las

¹³⁰⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el 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 y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, de 13 de julio de 2016, COM(2016) 466 final (“Propuesta de Reglamento de reconocimiento”).

¹³⁰⁶ ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation COM(2016) 466*, 2016, p. 5.

¹³⁰⁷ ILGA, *Protecting the rights of LGBTI asylum-seekers and refugees...*, cit. supra, p. 2 y 4.

¹³⁰⁸ Yogyakarta+10, cit. supra.

características sexuales o la expresión de género, garantizando así un mayor nivel de protección que no puede sino ser acogido con satisfacción.

No obstante, la propuesta no codifica toda la jurisprudencia relevante. En particular, no establece claramente que la revelación tardía de la orientación sexual o la identidad de género no deben ser el único fundamento para denegar una solicitud por estos motivos¹³⁰⁹. Es cierto que la Propuesta de Reglamento de reconocimiento introduce modificaciones sutiles que podrían sustentar una interpretación acorde con esta jurisprudencia. Así, el artículo 4.1 de la propuesta, que consagra la obligación del solicitante de presentar todos los elementos que fundamenten su solicitud previsto en el mismo precepto de la Directiva de reconocimiento, elimina la necesidad de que lo haga “lo antes posible”. Sin embargo, no es suficiente, pues el apartado 5 d) del mismo artículo mantiene como condición para admitir la credibilidad del solicitante que haya presentado su solicitud “con la mayor rapidez posible”. Dado que los posibles motivos para no haberlo hecho son los mismos por los que el TJUE entiende razonable que las personas LGBTI no revelen una característica tan íntima a las autoridades decisorias, no tiene sentido que una presentación tardía perjudique a su credibilidad¹³¹⁰. Por tanto, tampoco lo tiene que se mantenga la obligación de presentar “tan pronto como sea posible” todos los elementos y la información pertinentes para determinar el Estado Miembro responsable, como prevé el artículo 4.2 de la Propuesta de reforma del Reglamento de Dublín. En los paquetes de medidas presentados por la Comisión en 2016, la determinación del Estado Miembro responsable tiene una importancia fundamental, como analizaremos en el epígrafe posterior.

La Propuesta de Reglamento de reconocimiento tampoco corrige algunas de las deficiencias ya presentes en la Directiva de reconocimiento que hemos identificado. Así, mantiene la conjunción “y” entre los dos criterios para considerar a un colectivo como “grupo social determinado” (art. 10.1 d) Propuesta de Reglamento de reconocimiento). Tampoco elimina la innecesaria referencia a las supuestas “orientaciones sexuales” que sean consideradas como delito en los Estados Miembros (art. 10.1 d) *in fine*, Propuesta

¹³⁰⁹ A, B y C, §71.

¹³¹⁰ ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation...*, cit. supra, p.5.

de Reglamento de reconocimiento), manteniendo así en el Derecho de la Unión una asociación peligrosa y estigmatizadora entre orientación sexual y parafilia.

El Parlamento Europeo ha presentado numerosas enmiendas a esta Propuesta¹³¹¹, varias de las cuales inciden en las cuestiones que hemos señalado en este capítulo. En primer lugar, introduce la diversidad familiar mediante la modificación del Considerando 16 para establecer que las nociones de cónyuge y pareja de hecho no deben tener en cuenta el género de sus miembros¹³¹². En segundo lugar, incorpora al Derecho de la UE los conceptos de características sexuales y expresión de género como características que deben ser tenidas en cuenta para definir un determinado grupo social¹³¹³, modificando además la conjunción “y” del artículo 10 por la “o”¹³¹⁴. En tercer lugar, enmienda el Considerando 29 de la Propuesta de Reglamento de reconocimiento para aclarar que la jurisprudencia del TJUE debe aplicarse tanto a la orientación sexual como a la identidad de género y para incluir las consideraciones relativas a la revelación tardía que hemos analizado¹³¹⁵.

Se trata de enmiendas muy necesarias que, sin embargo, resultan insuficientes al no haber incluido ninguna reforma encaminada a incorporar plenamente la criminalización de la homosexualidad como acto de persecución, lo que podría corregir las deficiencias que hemos detectado en la sentencia X, Y y Z. Dado que entendemos que, a pesar de la jurisprudencia del TJUE, el artículo 9 de la Directiva de reconocimiento ya debería ser suficientes por sí solo al considerar como acto de persecución las “medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria”, dicha corrección podría realizarse a través de un Considerando.

¹³¹¹ PE, *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el 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 y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, COM(2016)0466 – C8-0324/2016 – 2016/0223(COD), de 28 de junio de 2017.

¹³¹² *Ibid.*, Enmienda 16.

¹³¹³ *Ibid.*, Enmiendas 24 y 86.

¹³¹⁴ *Ibid.*, Enmienda 85.

¹³¹⁵ *Ibid.*, Enmienda 25.

3.2. La Propuesta de Directiva de acogida.

Al tratar las necesidades de acogida particulares de los solicitantes de asilo LGBTI, hemos constatado grandes diferencias entre las condiciones de acogida que facilitan los Estados Miembros a este colectivo. Estas divergencias no sólo afectan a este colectivo, sino también al conjunto de los solicitantes de asilo, que reciben unas condiciones u otras según el Estado Miembro en el que se hallen presentes. La Comisión ve en esto un incentivo para los movimientos secundarios que incrementa la presión en los sistemas de asilo de los Estados Miembros más generosos, por lo que propone una nueva Directiva de acogida¹³¹⁶ para acabar con dichas divergencias. La elección de este instrumento y no de un Reglamento -por el cual sí ha optado para sustituir las Directivas de reconocimiento y procedimiento- radica en las disparidades económicas y sociales existentes entre los Estados Miembros, que harían que no fuera “factible ni deseable” la plena armonización de las condiciones de acogida¹³¹⁷.

Sin embargo, la visión de la Comisión Europea no parece estar centrada en elevar los estándares mínimos de acogida para motivar a los solicitantes de asilo a permanecer en el Estado Miembro que conoce de su solicitud. Más bien, adopta un enfoque eminentemente punitivo¹³¹⁸, supeditando el disfrute de las condiciones materiales de acogida del cumplimiento de las obligaciones del solicitante de asilo y sancionando con restricciones en las mismas a aquellos que las incumplen. En particular, la obligación de permanecer en el territorio del Estado Miembro responsable de su solicitud, prevista en la Propuesta de reforma del Reglamento de Dublín. Según el artículo 4.3 de dicha Propuesta, los solicitantes de asilo deben permanecer en el Estado Miembro responsable y a disposición de sus autoridades. De lo contrario, no tendrían derecho a las condiciones materiales previstas en la Directiva de acogida, a excepción de la atención sanitaria de

¹³¹⁶ CE, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)*, COM(2016) 465 final, de 13 de julio de 2016 (“Propuesta de Directiva de acogida”).

¹³¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹³¹⁸ MEIJERS COMMITTEE, *Comments on the proposals for a Qualification Regulation (COM(2016) 466 final), Procedures Regulation (COM(2016) 467 final), and a revised Reception Conditions Directive (COM(2016) 465 final)*, 2016, disponible en <https://www.commissie-meijers.nl/>, p. 12; ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive COM(2016) 465*, 2016, p. 5.

emergencia (art. 5.3 Propuesta de reforma del Reglamento de Dublín; Considerando 8 y art. 17 bis 1 Propuesta de Directiva de acogida).

Dicho enfoque punitivo pasa por la utilización de un lenguaje claramente criminalizador de los solicitantes de asilo. La Comisión introduce en el SECA una definición específica para el concepto de “fuga”, equiparándolo a toda acción por la cual el solicitante abandona el territorio en el que tenga que estar presente o deja de estar a disposición de las autoridades competentes con el fin de evitar los procedimientos de asilo (art. 2.11, Propuesta de Directiva de acogida). Una definición basada en una presunción extraña según la cual los movimientos secundarios se producen porque los solicitantes tratan de “escapar” del procedimiento de asilo, cuando la realidad es que lo hacen para acceder a la protección internacional con las garantías propias del pleno disfrute de sus derechos fundamentales¹³¹⁹. No obstante, para la Comisión es “esencial” que los solicitantes de asilo “no se den a la fuga”¹³²⁰. Justifica así que se restrinjan sus derechos para evitarlo, lo cual refleja una tendencia europea y global a utilizar el lenguaje para criminalizar y estigmatizar la inmigración en general -y a los solicitantes de asilo en particular- con el fin de legitimar la reducción de sus garantías¹³²¹.

Dado que, como hemos expuesto, las diferencias en las condiciones de acogida facilitadas son especialmente frecuentes y gravosas para los solicitantes de asilo LGBTI, cualquier sanción que consista en restringirlas les afectará de una manera más profunda. La Comisión Europea parece tener en cuenta esta situación al prever que las autoridades nacionales deben prestar la debida atención a los solicitantes con necesidades de acogida particulares “en cualquier circunstancia” (Considerando 32 Propuesta de Directiva de acogida). Sin embargo, desaprovecha la oportunidad de incluir expresamente a las personas LGBTI en este grupo, evitando mencionarlas al definir a este grupo (art. 2.13

¹³¹⁹ ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive*, cit. supra, p. 8.

¹³²⁰ CE, Propuesta de Directiva de acogida, p. 5.

¹³²¹ PARKIN, J., “The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the academic literature and research”, *CEPS Papers in Liberty and Security*, Núm. 61, 2013; PICKERING, S., “Common sense and original deviancy: news discourse and asylum seekers in Australia”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 14-2, 2001, pp. 169-186; BROUWER, J.; VAN DER WOUDE, M.; VAN DER LEUN, J., “Framing migration and the process of crimmigration: a systematic analysis of the media representation of unauthorized immigrants in the Netherlands”, *European Journal of Criminology*, Vol. 14-1, 2017, pp. 100-119; STORY, B., “Politics as usual: the criminalization of asylum seekers in the United States”, *Refugee Studies Centre Working Paper*, Vol. 26, 2005.

Propuesta de Directiva de acogida). La Propuesta tampoco mejora las condiciones de los solicitantes de asilo sometidos a un régimen de internamiento¹³²². Es más, introduce un nuevo motivo para justificarlo: el incumplimiento de la obligación de residir en un lugar determinado en caso de que el Estado Miembro responsable así lo haya dispuesto y exista riesgo de fuga (art. 8.3 c) Propuesta de Directiva de acogida).

Por todo lo anterior, resulta especialmente preocupante que la Propuesta de Directiva de acogida siga sin excluir del internamiento a las personas con necesidades de acogida particulares y, en particular, a las personas LGBTI, para las cuales el riesgo de ser revictimizadas es todavía mayor en un régimen de internamiento (art. 11 Propuesta de Directiva de acogida). Tampoco se ha tenido en consideración las necesidades de atención sanitaria de las personas transgénero, las cuales deberían formar parte expresamente de las condiciones materiales de acogida previstas en el artículo 17.3 de la Propuesta de Directiva de acogida¹³²³, ni tampoco la necesidad de adoptar las instalaciones de alojamiento para evitar la violencia contra las personas LGBTI.

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo hace suyas algunas de estas preocupaciones en su Informe sobre la Propuesta de Directiva de acogida¹³²⁴. En primer lugar, y de manera decisiva, incluye expresamente a las personas LGBTI entre los solicitantes con necesidades de acogida particulares¹³²⁵. En segundo lugar, introduce una obligación de los Estados Miembros de adoptar las medidas adecuadas para prevenir, entre otras, todas las formas de violencia cometidas por prejuicios o por motivos de discriminación relacionadas con las características de las víctimas¹³²⁶. El Parlamento remite en este punto a la Directiva sobre derechos de las víctimas¹³²⁷, una norma que prohíbe expresamente la discriminación por razones de

¹³²² WALTER-FRANKE, M., “Asylum detention in Europe – state of play and ways forward”, *Jacques Delors Institut Policy Paper*, Vol. 195, 2017, p. 10.

¹³²³ ILGA, *Protecting the rights of LGBTI asylum-seekers and refugees...*, cit. supra, p. 7.

¹³²⁴ PE, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (versión refundida)* (COM(2016)0465 – C8-0323/2016 – 2016/0222(COD)), de 10 de mayo de 2017, (“Informe sobre la Propuesta de Directiva de acogida”).

¹³²⁵ *Ibid.*, Enmienda 34.

¹³²⁶ *Ibid.*, Enmienda 95.

¹³²⁷ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *DOUE L 315*, de 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73.

orientación sexual, identidad o expresión de género de las víctimas de delitos¹³²⁸. En tercer lugar, y al igual que en su Informe sobre la Propuesta de Reglamento de reconocimiento, tiene en cuenta la diversidad de las familias¹³²⁹. Finalmente, hace hincapié en la necesidad de formar al personal de acogida en las necesidades de las víctimas de violencia por prejuicios y en cuestiones de género y diversidad¹³³⁰.

Se trata de enmiendas muy necesarias, pero que, de nuevo, se antojan insuficientes. El Parlamento no propone modificar el artículo 11.5.1 -que establece la separación de hombres y mujeres en los centros de internamiento- para incluir alguna salvaguarda que proteja a las personas LGBTI. Tampoco menciona las necesidades sanitarias específicas de las personas transgénero, si bien propone ampliar la atención sanitaria mínima a los servicios de salud sexual y reproductiva¹³³¹. Al desarrollar las características del menor que deben ser tenidas en cuenta al valorar su interés superior -como su origen étnico o social-, no se refiere a la orientación sexual, la identidad o expresión de género o las características sexuales¹³³². Esta omisión puede exponer a los menores LGBTI a riesgos que, paradójicamente, el mismo Informe trata de evitar para los adultos en otras enmiendas. Para adecuar la Directiva a los estándares internacionales¹³³³ y al artículo 22 de la Carta de Derechos Fundamentales, deben tenerse en cuenta, al menos, la orientación sexual y la identidad de género del menor.

No obstante, la principal modificación a la Propuesta de la Comisión que plantea el Parlamento Europeo es suprimir el artículo 17 bis¹³³⁴, lo cual implica descartar la norma según la cual los solicitantes solamente tendrán derecho a las condiciones materiales de acogida previstas en la Directiva en el Estado Miembro en el que deban permanecer. A nuestro juicio, se trata de un precepto de gran calado para las personas LGBTI que debe ser suprimido. Por mucho que la Comisión plantee las restricciones en las condiciones

¹³²⁸ *Ibid.*, Considerandos 9 y 56.

¹³²⁹ PE, Informe sobre la Propuesta de Directiva de acogida, cit. supra, Enmienda 18.

¹³³⁰ *Ibid.*, Enmiendas 129 y 143.

¹³³¹ *Ibid.*, Enmiendas 16 y 102.

¹³³² *Ibid.*, Enmienda 121.

¹³³³ *Vid.*, CoE, *Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Committee of Ministers, de 31 de marzo de 2010; CoE, *Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse*, adoptada en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, art. 2.

¹³³⁴ PE, Informe sobre la Propuesta de Directiva de acogida, cit. supra, Enmienda 101.

materiales de acogida como una sanción a un comportamiento moralmente reprochable¹³³⁵, no puede exigirse de un solicitante de asilo LGBTI que permanezca en un Estado Miembro en cuyo sistema de acogida corre un grave peligro de ser agredido o de sufrir las consecuencias de una atención sanitaria no adaptada a sus necesidades. En definitiva, no puede culparse a los solicitantes por las deficiencias de los sistemas de asilo nacionales¹³³⁶.

3.3. La Propuesta de Reglamento de procedimientos.

El mismo enfoque punitivo puede encontrarse en la Propuesta de Reglamento de procedimientos¹³³⁷. Las razones son similares: acabar con los “abusos” en el sistema de asilo y los movimientos secundarios mediante una mayor armonización. Con este fin, la Comisión propone fomentar la tramitación de los procedimientos de asilo a través de un procedimiento acelerado¹³³⁸, volviéndose obligatoria para los Estados Miembros en los casos previstos en el artículo 40.1 de la Propuesta. Entre dichos supuestos, destacan varios por los riesgos que suponen para los solicitantes de asilo en general y, en particular, para las personas LGBTI, cuyas solicitudes presentan a menudo una complejidad que las hace inadecuadas para estos procedimientos.

La tramitación por el procedimiento acelerado pasa a ser obligatoria en casos que ya son de por sí problemáticos desde el punto de vista de la protección de las personas LGBTI solicitantes de asilo. Así ocurre con la utilización del concepto de país de origen seguro (art. 40.1 e) Propuesta de Reglamento de procedimientos), que pasan a ser designados a nivel supranacional a través de una lista común europea (art. 48 Propuesta de Reglamento de procedimientos). Se trata de una idea que ya fue adelantada por la Comisión en una Propuesta anterior¹³³⁹ que incluía a los Estados de los Balcanes

¹³³⁵ ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive*, cit. supra, p. 9.

¹³³⁶ MEIJERS COMMITTEE, *Comments on the proposals...*, cit. supra, p. 13.

¹³³⁷ CE, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE*, COM(2016) 467 final, de 13 de julio de 2016, (“Propuesta de Reglamento de procedimientos”).

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 4.

¹³³⁹ CE, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección*

occidentales -Albania, Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Macedonia del Norte, Montenegro y Serbia- y a Turquía; una lista que ha sido reproducida en la Propuesta de Reglamento de procedimientos¹³⁴⁰. Por si la aplicación del concepto de país de origen seguro a los solicitantes de asilo LGBTI no entrañara suficientes riesgos, es discutible que los Estados incluidos en la lista sean realmente seguros para este colectivo.

De acuerdo con la edición de 2019 del Informe Anual del proyecto *Rainbow Europe*¹³⁴¹, que disecciona la situación de los derechos de las personas LGBTI en Europa, algunos de estos Estados se encuentran entre los que menos protegen a este colectivo de todo el continente¹³⁴². Es el caso, en particular, de Macedonia del Norte, donde son frecuentes los delitos y discursos de odio contra este colectivo -especialmente, contra el activismo LGBTI-, la discriminación en la educación o la sanidad -que afecta de manera más grave a las personas trans-¹³⁴³; y de Turquía. Este último país se ha vuelto especialmente peligroso para las personas LGBTI en los últimos años, a lo largo de los cuales se ha denunciado que las autoridades han prohibido y reprimido con dureza las manifestaciones del Orgullo en la capital y otras ciudades¹³⁴⁴ y han restringido gravemente la expresión y difusión de contenidos relacionados con las personas LGBTI¹³⁴⁵. Además, se han registrado numerosos ataques a personas de este colectivo, incluyendo el asesinato de varias mujeres transgénero, sin que existan normas específicas para protegerlas de los delitos de odio¹³⁴⁶. En definitiva, el concepto de país de origen

internacional, y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, COM(2015) 452 final, de 9 de septiembre de 2015.

¹³⁴⁰ CE, Propuesta de Reglamento de procedimientos, Anexo I.

¹³⁴¹ ILGA, *Rainbow Europe – 4th Annual Review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people*, 2019.

¹³⁴² *Vid.* Clasificación elaborada por ILGA para el proyecto *Rainbow Europe*, disponible en <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2019> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹³⁴³ ILGA, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex People in North Macedonia covering the period of January to December 2018*, 2019.

¹³⁴⁴ AI, *Turquía: ‘Deplorable’ violencia contra estudiantes que celebraban una marcha del Orgullo*, 10 de mayo de 2019, disponible en

<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/05/turkey-appalling-violence-used-against-students-holding-pride-march/> (consultado por última vez el 20 de octubre de 2019).

¹³⁴⁵ PACE, *Turkey must restore the right to freedom of expression and assembly to LGBTI persons*, Declaración Escrita núm. 650 de la Asamblea Parlamentaria de 9 de mayo de 2018.

¹³⁴⁶ ILGA, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex People in Turkey covering the period of January to December 2018*, 2019.

seguro no debe ser aplicado a las personas LGBTI¹³⁴⁷, y muy en especial en relación con los Estados propuestos por la Comisión Europea.

La Propuesta de Reglamento de procedimientos también introduce dos nuevas razones para tramitar una solicitud por el procedimiento acelerado. En primer lugar, en caso de que el solicitante no cumpla con la obligación de permanecer en el Estado Miembro de su solicitud contenida en la Propuesta de Reglamento de Dublín (art. 40.1 g) Propuesta de Reglamento de procedimientos), que remite claramente al enfoque punitivo también presente en otros instrumentos del mismo paquete de reformas. En segundo lugar, deberá tramitarse por el procedimiento acelerado toda solicitud posterior -es decir, presentada por el mismo solicitante tras haber obtenido una resolución negativa en otra anterior (art. 42.1 Propuesta de Reglamento de procedimientos)- que sea “tan claramente inmotivada o abusiva que no tiene ninguna posibilidad tangible de éxito” (art. 40.1 h) Propuesta de Reglamento de procedimientos). Sin embargo, no define cómo debe valorarse dicha posibilidad ni quién debe hacerlo¹³⁴⁸. Siguiendo la lógica de la Sentencia A, B y C del TJUE, entendemos que una solicitud posterior no debería ser considerada como sin posibilidades de éxito únicamente por la razón de que no hubiera declarado su orientación sexual o identidad de género en la primera solicitud que presentó.

Finalmente, otra cuestión de relevancia que debe ser analizada es la de las condiciones en las que se celebran las entrevistas personales a los solicitantes LGBTI. En este sentido, debe ser bien recibido que la Propuesta aclare que el personal encargado de una entrevista de admisibilidad también debe estar formado en cuestiones de orientación sexual e identidad de género (art. 12.6 Propuesta de Reglamento de procedimientos), mientras que en la Directiva de procedimientos no parecía ser necesario (art. 34.2). Sin embargo, la Propuesta guarda silencio sobre la necesidad de formar en estos mismos asuntos a los intérpretes.

El Parlamento Europeo ha presentado numerosas enmiendas referidas a estas cuestiones¹³⁴⁹. Así, suprime la tramitación por el procedimiento acelerado en caso de

¹³⁴⁷ ACNUR, *UNHCR Comments on the European Commission proposal for an asylum procedures regulation – COM(2016) 467*, 2016, p. 35.

¹³⁴⁸ MEIJERS COMMITTEE, *Comments on the proposals...*, cit. supra, p. 12.

¹³⁴⁹ PE, *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (COM(2016)0467 – C8-0321/2016 – 2016/0224(COD))*, de 22 de mayo de 2018.

incumplimiento de la obligación de permanecer en el Estado Miembro de la solicitud¹³⁵⁰ y cuando se trate de una solicitud posterior sin posibilidades tangibles de éxito¹³⁵¹; impide aplicarlo si no es posible brindar una asistencia adecuada a los solicitantes con necesidades procedimentales especiales¹³⁵²; introduce la figura del mediador cultural para facilitar la comunicación con el solicitante de asilo a lo largo del procedimiento, incluido en las entrevistas¹³⁵³; extiende la formación en materia de violencia por motivos de género u orientación sexual a los intérpretes¹³⁵⁴; entre otras.

4. BALANCE DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI EN EL SECA

Los problemas a los que se enfrentan las personas LGBTI solicitantes de asilo en la Unión Europea son numerosos. A pesar de que el Derecho de la Unión ha avanzado hasta prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en todo su ordenamiento, la normativa del SECA todavía se encuentra lejos de garantizar que las personas LGBTI no se encuentren en una situación de desventaja que les dificulte acceder a la protección internacional.

Aunque las últimas reformas legislativas y la jurisprudencia del TJUE han permitido aclarar ciertas cuestiones -como la prohibición de los exámenes médicos para determinar la orientación sexual, las preguntas sexualmente explícitas o las decisiones basadas en estereotipos-, otras permanecen sin respuesta o sin una regulación satisfactoria. Entre las primeras, destacan las normas relativas a la acogida de los solicitantes de asilo LGBTI. A pesar de que una interpretación de las Directivas de acogida y procedimientos acorde con la jurisprudencia del TEDH permite considerar a las personas LGBTI como solicitantes de asilo con necesidades particulares, lo cierto es que las prácticas entre los Estados Miembros son enormemente dispares, lo que redundará en una protección irregular y, a menudo, inexistente a este colectivo. Para los solicitantes de asilo LGBTI sometidos a un régimen de internamiento, las familias formadas por parejas del mismo género o las personas trans solicitantes de asilo, las lagunas de la normativa de acogida pueden incluso crear situaciones de gran riesgo.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, Enmienda 243.

¹³⁵¹ *Ibid.*, Enmienda 244.

¹³⁵² *Ibid.*, Enmienda 241.

¹³⁵³ *Ibid.*, Enmiendas 101 y 134.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, Enmienda 102.

El TJUE tampoco parece haber entendido la realidad de las personas LGBTI que se ven obligadas a vivir en un Estado que criminaliza los actos sexuales entre personas del mismo género. Apoyándose en una interpretación parcial y errónea de la Directiva de reconocimiento, considera que únicamente son perseguidas aquellas procedentes de Estados en los que la criminalización es aplicada de manera efectiva. Sin embargo, no tiene en cuenta el contexto de represión e impunidad que favorecen estas normas, un caldo de cultivo perfecto para la persecución por agentes no estatales como familiares, vecinos o grupos criminales.

Desafortunadamente, las propuestas de reforma elaboradas por la Comisión Europea ponen de manifiesto la falta de interés por este colectivo de solicitantes de asilo. Ignorar a las personas LGBTI no sólo impide resolver sus problemas, sino que amenaza con crear muchos nuevos. Con el paquete de reformas que ha sido analizado, la Comisión pretende profundizar en una mayor restricción de los derechos de los solicitantes de asilo recurriendo en mayor medida a los procedimientos acelerados y a herramientas como el concepto de país de origen seguro, lo que redundará en una desprotección aun mayor de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

A octubre de 2019, está por ver cuáles serán las prioridades de la nueva Comisión a este respecto. La ausencia de menciones al colectivo LGBTI en el discurso de investidura de la nueva Presidenta no parece un buen augurio¹³⁵⁵.

¹³⁵⁵ CE, Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, cit. supra.

CONCLUSIONES

PRIMERA: A pesar de su ausencia en la inmensa mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, las personas LGBTI son, a todos los efectos, sujetos de derechos humanos. Se trata de una idea relativamente reciente que se ha asentado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al intenso activismo de la sociedad civil -cristalizado en los influyentes Principios de Yogyakarta- y al esfuerzo por introducir las reivindicaciones de este colectivo en la agenda de derechos humanos de Naciones Unidas. Sin embargo, la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI son una realidad en todas las regiones, y el mundo se encuentra profundamente dividido entre los Estados que avanzan hacia una mayor protección de este colectivo y los que les oprimen y criminalizan. Por esta razón, personas LGBTI de gran parte del mundo se ven forzadas a abandonar sus países de origen buscando en otros lugares la protección que sus Estados les niegan. Muchas de ellas acuden a los Estados Miembros de la Unión Europea, con toda probabilidad la región del mundo que mayor nivel de protección ofrece a este colectivo. Sin embargo, el acceso a la protección internacional de los solicitantes de asilo LGBTI en el Sistema Europeo Común de Asilo no responde lo suficientemente a las necesidades de este grupo.

SEGUNDA: La definición de refugiado de la Convención de Ginebra ignora las cuestiones de género, orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, siendo más adecuada para proteger a un refugiado hombre, europeo, cisgénero y heterosexual que para las personas LGBTI solicitantes de asilo. A pesar de que en la actualidad la persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género está admitida normalmente en el Derecho Internacional de los Refugiados, las solicitudes de asilo LGBTI presentan una gran complejidad, lo que provoca numerosos y variados problemas a este colectivo que afectan a todos los elementos de la definición.

TERCERA: Sin embargo, una evaluación errónea de su solicitud no es el único desafío al que se enfrentan los refugiados LGBTI en la actualidad. En tanto que solicitantes de asilo, deben hacer frente a las restricciones a sus derechos que los Estados de acogida han impuesto a este colectivo a lo largo de las últimas décadas. En el ámbito de la Unión Europea, esta tendencia se ha intensificado a raíz de la llegada en grandes números de solicitantes de asilo a su territorio en la década de 2010 y, especialmente, entre 2015 y 2016. Las líneas de actuación desarrolladas a partir de la Agenda Europea

de Migración apuntan a esta conclusión, pues reflejan una visión eminentemente securitaria y utilitarista de la migración y el asilo. Un enfoque que ha llevado a la Unión y los Estados Miembros a proponer y adoptar medidas cortoplacistas e ineficaces sin tener suficientemente en cuenta los derechos humanos.

CUARTA: La estrategia diseñada por la Agenda Europea de Migración para abordar la inmigración irregular pone especialmente de manifiesto esta visión. Aunque su objetivo expreso sea abordar las causas de la migración irregular en cooperación con los Estados de origen, las políticas que han sido adoptadas no apuntan en esa dirección. Primero, porque confunden causa y efecto al centrarse en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes en lugar de en los factores que empujan a las personas a abandonar sus Estados. Segundo, porque los principales esfuerzos de cooperación se han realizado con Estados de tránsito como Libia o, sobre todo, Turquía, en un esfuerzo por convertirlos en guardianes de las puertas de Europa que eviten la llegada de más solicitantes de asilo. Se trata, en muchos casos, de Estados que han demostrado una clara falta de voluntad o de capacidad de proteger los derechos humanos, especialmente los de migrantes y refugiados. Ni Turquía ni Libia son Estados seguros para los solicitantes de asilo, como tampoco lo son para las personas LGBTI. Además, la debilidad de esta cooperación y su ineficacia como soluciones a largo plazo ha quedado puesta de manifiesto a lo largo de 2019, particularmente en el caso del acuerdo UE-Turquía.

QUINTA: Aunque la Agenda plantee como prioridad de la política común de control y vigilancia de fronteras salvar vidas, lo cierto es que, cuatro años después, la Unión Europea sigue sin disponer de una operación diseñada y desplegada específicamente para ejecutar labores de búsqueda y rescate en el mar. La muerte de miles de personas cada año en el mar Mediterráneo exige mayores esfuerzos en este sentido, y especialmente en el desarrollo de vías legales y seguras para acceder a Europa. Las condiciones de entrada a través de la frontera exterior y la política de visados logran aparentemente su objetivo de evitar la llegada de solicitantes de asilo, pero a costa de redirigirlos a vías irregulares muy peligrosas. La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas no tiene visos de mejorar esta situación, pues los avances en materia de salvamento marítimo y de protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por una operación Frontex son insuficientes.

SEXTA: Aunque es precisamente en la política de asilo donde la Agenda se plantea objetivos más ambiciosos, todavía hoy es imposible hablar de un verdadero Sistema

Europeo Común de Asilo. A las grandes diferencias en el número de solicitudes tramitadas y reconocidas existentes entre los Estados miembros se suman las profundas divergencias en la acogida, una realidad evidente en el caso de los solicitantes de asilo LGBTI. El mecanismo de reubicación de emergencia, desplegado en 2015 con el objetivo de paliar el esfuerzo de Italia y Grecia y llamado a ser la avanzadilla de un sistema de reparto de la responsabilidad sobre las solicitudes de asilo más justo y solidario entre los Estados Miembros que el sistema de Dublín, ha fracasado. La redistribución de los solicitantes de asilo sobre la base de acuerdos o mecanismos específicos es una medida positiva, pero coyuntural.

En este sentido, el acuerdo propuesto en 2019 limitado al Mediterráneo Central demuestra que, cuatro años después, conviven en el seno de la Unión el rechazo a cualquier reparto solidario por ciertos Estados y la visión cortoplacista del resto. Además, ninguna de las medidas propuestas por la Comisión en materia de asilo en el paquete de medidas presentado en 2016 ha sido aprobada todavía. En este contexto, las necesidades de las personas LGBTI solicitantes de asilo no están siendo tenidas en cuenta, por lo que muchos de sus problemas se presentan también en el Sistema Europeo Común de Asilo.

SÉPTIMA: Entre ellos, destacan los derivados de la necesidad de evaluar su credibilidad para determinar la concurrencia de un temor fundado a sufrir persecución. El temor fundado debe idealmente ser examinado de manera objetiva a través de un análisis centrado en el riesgo potencial de sufrir persecución al que se enfrenta el solicitante en su país de origen. Sin embargo, el único medio de prueba del que disponen es su propio testimonio en muchas ocasiones. De acuerdo con las recomendaciones del ACNUR y con la Directiva de reconocimiento, éste debe ser verosímil y coherente para ser creíble.

En el caso de las personas LGBTI, estos requisitos son valorados con frecuencia sobre la base de estereotipos que impiden una evaluación correcta y justa porque incentivan que sus relatos se adecúen a los prejuicios dominantes en la sociedad de acogida al tiempo que se excluye de la protección a los solicitantes que no respondan a estas expectativas. Por esta razón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha prohibido que la resolución de una solicitud de asilo se fundamente en estereotipos y prejuicios, si bien de una forma matizada y mejorable, así como las preguntas, demostraciones y documentos gráficos sexualmente explícitos, pues suponen una vulneración de los derechos fundamentales de las personas LGBTI solicitantes de asilo.

OCTAVA: En ocasiones, se ha pretendido demostrar la orientación sexual de una persona a partir de exámenes médicos y psicológicos. Mientras que en algunos Estados este tipo de pruebas tienen como fin “descubrir” a homosexuales y bisexuales para castigarlos, en los Estados Miembros de la Unión Europea en los que se ha planteado tenía como objetivo determinar si se trataba de refugiados LGBTI “genuinos”. Tales pruebas resultan problemáticas por dos razones. En primer lugar, porque resultan del todo ineficaces, pues no se ha descubierto ningún método médico o psicológico fiable capaz de determinar con suficiente fiabilidad la orientación sexual. Especialmente en el caso de las pruebas médicas, se centran de manera excesiva en la dimensión sexual en sentido estricto de la orientación sexual, ignorando sus esferas afectiva y emocional.

En segundo lugar, porque suponen una vulneración de los derechos fundamentales de las personas LGBTI, como ha dictaminado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No sólo indagan en esferas de la personalidad protegidas por el derecho al respeto a la vida privada, sino que algunas de ellas -como la pletismografía- constituyen prácticas atentatorias contra la dignidad humana.

NOVENA: Generalmente, un testimonio será coherente cuando no contradiga ni lo manifestado por el solicitante a lo largo del proceso -coherencia interna- ni la información sobre la situación en el Estado de origen de la que disponen las autoridades que examinan su solicitud -coherencia externa-. En el caso de las personas LGBTI, ambas dimensiones de la coherencia plantean problemas.

De un lado, se ha entendido en muchas ocasiones que las declaraciones de un solicitante eran incoherentes internamente -y, por tanto, carecían de credibilidad- porque no había mencionado su orientación sexual o identidad de género al inicio del procedimiento. Sin embargo, existen muchas razones por las que una persona LGBTI podría haber ocultado esta información, como el temor o desconfianza hacia las autoridades o los sentimientos de homofobia, bifobia, transfobia o interfobia interiorizados. Incluso es posible que no fuera consciente de su propia orientación sexual o identidad de género -pudiendo tratarse de un refugiado *sur place*- o de que podía tratarse de una cuestión relevante para su solicitud. Siguiendo el criterio del ACNUR y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una resolución de asilo no puede ser denegada únicamente por esta razón.

Del otro, la información sobre el país de origen de la que dispone la autoridad no siempre es de la calidad suficiente o se utiliza correctamente. Es posible que no mencione

a las personas LGBTI, lo que se ha entendido en ocasiones como un indicio de que no existe persecución a este colectivo. Sin embargo, invisibilidad de los colectivos LGBTI o la ausencia de organizaciones especializadas en sus derechos puede explicar la ausencia de información, especialmente en aquellos Estados en los que su persecución es más cruenta. Los informes sobre los países de origen más recientes y las recomendaciones elaborados por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo son ejemplos de buenas prácticas que podrían ser tomados como referencia por los Estados miembros.

DÉCIMA: En el mundo, al menos setenta Estados castigan penalmente los actos sexuales entre personas del mismo género. En once de ellos, la pena prevista es la muerte. Además, en decenas de países se castiga de alguna manera las expresiones o identidades de género no heteronormativas y se restringe duramente la libertad de expresión de las personas LGBTI. La mera vigencia de estas normas criminalizadoras contribuyen a crear un contexto de opresión que favorece la violencia contra las personas LGBTI y la impunidad de sus atacantes. Sin embargo, muchos Estados no consideran que sea suficientemente grave como para constituir un acto de persecución.

En la Unión Europea, los Estados Miembros han desarrollado tres corrientes distintas: 1) aceptar la mera criminalización como un acto de persecución, 2) exigir su aplicación directa contra el solicitante o, finalmente, 3) requerir que sean aplicadas de manera efectiva por las autoridades del país de origen. El TJUE optó por esta última vía intermedia, lo que elevó los estándares de protección en algunos Estados Miembros. Sin embargo, lo hizo contradiciendo su propia jurisprudencia en relación con la persecución por motivos religiosos; en un caso posterior, rebajó el nivel de protección al exigir también en los casos de persecución religiosa la aplicación de las normas criminalizadoras. Además de haber supuesto un descenso al mínimo común denominador de la protección, la jurisprudencia del TJUE contrasta con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las personas LGBTI que se encuentren en Europa, donde sí tienen derecho a vivir en un Estado que no criminalice su orientación sexual.

UNDÉCIMA: Las personas LGBTI tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos. Sin embargo, las autoridades decisorias de muchos Estados de acogida han considerado con frecuencia que las personas LGBTI solicitantes de asilo podrían escapar de la persecución reprimiendo su orientación sexual o su identidad o expresión de género. La represión autoinfligida -a menudo (mal) llamada discreción- puede tener consecuencias nefastas en la salud mental de las personas LGBTI, además de impedirles

ejercer plenamente sus derechos humanos. Aunque el TJUE haya rechazado la aplicación de este criterio, es preciso tenerlo en cuenta para evitar que aparezca bajo otras formas. Por ejemplo, al diferenciar artificialmente entre “ser” LGBTI y “actuar” como un LGBTI -protegiendo únicamente lo primero- o asumiendo que una persona puede optar libremente por reprimirse cuando vive en un Estado que le oprime. Tampoco puede esperarse de los solicitantes que se repriman en otra región de su Estado al analizar la pertinencia de una alternativa interna de protección.

DUODÉCIMA: En numerosas ocasiones la persecución sufrida por las personas LGBTI es ejercida por agentes no estatales como sus familias, sus vecinos o bandas criminales. En estos casos, se entenderá que el Estado no puede proteger al solicitante cuando no puede ofrecerle una protección efectiva que realmente disminuya el riesgo a un nivel razonable. Dado que el odio a las personas LGBTI suele abarcar todas las capas de la sociedad de origen, normalmente no podrá esperarse del solicitante que busque la protección de un agente no estatal o que permanezca en otra región más segura. Tampoco deben tomarse decisiones estereotipadas sobre las alternativas internas de protección. En los Estados que criminalizan a las personas LGBTI no puede esperarse razonablemente que acudan a las autoridades para obtener su protección.

DECIMOTERCERA: De acuerdo con la Directiva de reconocimiento, un colectivo puede ser considerado un grupo social determinado a efectos de obtener la protección internacional por razones de género, orientación sexual o identidad de género. Sin embargo, la Directiva obliga a aplicar un criterio acumulativo contrario a las recomendaciones del ACNUR. Si bien bajo cualquiera de los dos criterios dominantes - el de características protegidas y el de percepción social- las personas LGBTI podrían formar un grupo social determinado, al aplicar ambos acumuladamente se corre el riesgo de excluir a colectivos invisibilizados o a no tener en cuenta la diversidad de circunstancias que, al interactuar entre sí, alimentan la violencia, el odio y la discriminación a las personas LGBTI. Además, la Directiva excluye expresamente las conductas delictivas del concepto de orientación sexual, una matización innecesaria y estigmatizadora que refuerza estereotipos muy dañinos de las personas LGBTI.

DECIMOCUARTA: Aunque las Directivas de acogida y de procedimientos no coincidan en el elenco de personas con necesidades de acogida particulares o que precisan garantías procedimentales especiales, respectivamente, la jurisprudencia del TEDH ha dejado claro que las personas LGBTI solicitantes de asilo se encuentran en una situación

de especial vulnerabilidad. Por tanto, deben poder acceder a ambos tipos de salvaguardas. En cualquier caso, para considerar a un solicitante como vulnerable es preciso un análisis previo y específico que tenga en cuenta todas sus circunstancias personales y las posibles intersecciones que se produzcan entre ellas, de forma que se eviten concepciones esencialistas de las personas LGBTI y se identifiquen correctamente sus necesidades. La herramienta diseñada por la EASO con este fin puede ser un apoyo útil y adecuado en esta tarea.

DECIMOQUINTA: En lo que respecta a las garantías procedimentales especiales, la complejidad inherente a las solicitudes de asilo presentadas por personas LGBTI - reflejada en todos los problemas descritos hasta ahora- hace que los procedimientos acelerados sean especialmente inadecuados para este colectivo. En particular, debe evitarse la aplicación del concepto de país de origen seguro ya que la violencia contra este colectivo está presente en todo el mundo y, con frecuencia, la información del país de origen disponible no permite conocer correctamente la situación de este colectivo, sobre todo cuando la persecución es ejercida por agentes no estatales. Por esta razón, preocupa que la mayor parte de los Estados Miembros que utilizan listas de países de origen seguro no valoren específicamente la situación de las personas LGBTI.

Además, el personal entrevistador y de interpretación deberían ser formados suficientemente en cuestiones de género, orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, pues facilitaría la comunicación al generar ambientes más cómodos y seguros para las personas LGBTI. Sin embargo, pocos Estados Miembros las han incluido en su formación.

DECIMOSEXTA: En cuanto a las necesidades particulares de acogida, son especialmente relevantes en tres casos. En primer lugar, cuando las personas LGBTI solicitantes de asilo son sometidas a un régimen de internamiento. Aunque la Directiva de acogida no prohíba el internamiento de personas en situación de vulnerabilidad, deben tomarse medidas para garantizar la seguridad de las personas LGBTI internas, así como proporcionar alternativas si no fuera posible. La Directiva no tiene suficientemente en cuenta la perspectiva de género, y en absoluto la perspectiva queer, pues se limita a mandar que las personas sean separadas en hombres y mujeres, una clasificación claramente insuficiente. No obstante, algunos Estados Miembros han establecido centros especializados para los refugiados LGBTI, si bien carecen de medios suficientes para la alta demanda en muchos casos.

En segundo lugar, las personas LGBTI tienen derecho a que se garantice su salud física y mental y a recibir la atención médica necesaria. El estigma sufrido por este colectivo en sus países de origen los expone a un mayor riesgo de sufrir ciertas enfermedades y trastornos, así como a ser discriminados en el acceso a la salud. En el caso de las personas trans, deben tener acceso específicamente al menos a tres tratamientos: a la continuación de las terapias de reemplazo hormonal para evitar las consecuencias de su interrupción, a psicoterapia y a los tratamientos postoperatorios necesarios si se hubieran sometido a una cirugía de reasignación del sexo.

En tercer lugar, las familias LGBTI deben ser tratadas de manera no discriminatoria, pues también tienen derecho a beneficiarse de cualquier mecanismo de mantenimiento de la unidad familiar. Aplicando por la jurisprudencia del TEDH sobre el respeto a la vida familiar y, por analogía, la del TJUE sobre libre circulación, las parejas formadas por personas del mismo género deben tener los mismos derechos que el SECA atribuye a las parejas entre personas de distinto género, estén casadas o no.

DECIMOSÉPTIMA: A pesar de la necesidad de resolver los problemas que se han expuesto, las propuestas de reforma de la Comisión no tienen en cuenta a las personas LGBTI. Aunque codifican -parcialmente- la jurisprudencia del TJUE en la Propuesta de Reglamento de reconocimiento, la Comisión centra sus propuestas en castigar a los solicitantes de asilo que abandonan el Estado Miembro responsable de su solicitud con el objetivo de disminuir los movimientos secundarios.

Este es el caso, sobre todo, de la Propuesta de Directiva de acogida. En lugar de incentivar que los solicitantes de asilo permanezcan en el Estado Miembro responsable de su solicitud, la Comisión opta por sancionar a quien lo abandone mediante la retirada de las condiciones materiales de acogida. Si bien las personas con necesidades de acogida particulares quedarían excluidas de esta sanción, no menciona expresamente a las personas LGBTI. Teniendo en cuenta las deficiencias en la acogida de este colectivo y grandes divergencias entre Estados Miembros, se trata de una propuesta peligrosa para estas personas.

La Propuesta de Reglamento de Procedimientos también incluye sanciones dirigidas a evitar los movimientos secundarios. En concreto, propone tramitar en esos casos la solicitud por un procedimiento acelerado que, además, deviene obligatorio al sustituirse la Directiva por un Reglamento, con los riesgos que implica para las personas LGBTI solicitantes de asilo. De manera especialmente alarmante, el concepto de país de

origen seguro pasaría a ser obligatorio, incluyendo entre otros a Turquía, un Estado claramente inseguro para las personas LGBTI.

DECIMOCTAVA: Aunque estas propuestas no han sido aprobadas gracias, en parte, a las numerosas enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo -mucho más sensible tanto histórica como actualmente a las necesidades del colectivo LGBTI-, reflejan el enfoque securitario de la migración irregular dominante en Europa con la Agenda Europea de Migración. Un ejemplo paradigmático de una “visión de túnel” que, al centrarse en restringir y controlar a los solicitantes de asilo para evitar una amenaza difusa, ignora las necesidades de un colectivo en situación de especial vulnerabilidad: el colectivo de personas LGBTI solicitantes de asilo.

La elección en 2019 de una nueva Comisión Europea presidida por una mujer y con visos de ser la más paritaria de la historia de la UE puede ofrecer esperanzas; sin embargo, la ausencia de menciones a las personas LGBTI en el discurso de investidura y la creación de una cartera de “Protección de nuestro modo de vida europeo” siembran demasiadas dudas de continuismo.

CONCLUDING REMARKS

FIRST: Despite their absence from most international human rights treaties, LGBTI people are, to all intents and purposes, subjects of human rights. This is a relatively recent idea that has been grounded in International Human Rights Law thanks to the case-law of the European Court of Human Rights, to the intense activism of civil society - crystallized in the influential Yogyakarta Principles- and to the efforts to introduce the claims of LGBTI people into the United Nations human rights agenda. However, LGBTI suffer violence and discrimination in all regions, and the world is sharply divided between States that move towards greater LGBTI protection standards and those that keep oppressing and criminalizing them. For this reason, many LGBTI people around the world are forced to leave their countries of origin seeking protection elsewhere. A lot of them turn to the Member States of the European Union, probably the region of the world with the highest standards of protection of their human rights. Yet the Common European Asylum System does not meet the needs of LGBTI asylum seekers.

SECOND: The definition of refugee of the Geneva Convention fails to address issues of gender, sexual orientation, gender identity or expression and sexual characteristics, being more suitable to protect a male, European, cisgender and heterosexual refugee than an LGBTI asylum seeker. Although persecution on the grounds of sexual orientation or gender identity is now widely accepted in International Refugee Law, LGBTI asylum applications present a high degree of sophistication, leading to many and varied issues affecting every element of the refugee definition.

THIRD: However, an inaccurate assessment of their application is not the only challenge that LGBTI refugees face today. As asylum seekers, they have to cope with the constraints on their rights that host States have been imposing on this group over the last decades. In the European Union, this trend has intensified after the arrival of large numbers of asylum seekers to its territory in the decade of 2010, and most notably between 2015 and 2016. The development of the proposals and lines of action included in the European Agenda on Migration support this point, as they reflect a predominantly securitarian and utilitarian conception of migration and asylum. An approach that has led the Union and its Member States to adopt shortsighted and ineffective policies without taking human rights sufficiently into account.

FOURTH: The strategy to deal with irregular immigration devised by the European Agenda on Migration highlights this vision. While its declared aim is to address the root

causes of irregular migration in cooperation with States of origin, the policies and the legislation that adopted suggest otherwise. First, because they confuse cause and effect by targeting migrants smuggling rather than the factors pushing people out of their States. Second, because the biggest cooperative efforts have been made with States of transit, such as Libya or -most notably- Turkey, in an effort to convert them in the gatekeepers of Europe tasked with preventing the arrival of more asylum seekers. In many cases, these States have demonstrated a blatant lack of will or ability to safeguard human rights, especially those of migrants and refugees. Neither Turkey nor Libya are safe states for asylum seekers or LGBTI people. Furthermore, the weakness of this cooperation and its ineffectiveness as long-term solutions have been exposed throughout 2019, particularly in the case of the EU-Turkey agreement.

FIFTH: Although the Agenda sets the saving of lives as a priority of common policy on external border management, four years on, the European Union still does not have a dedicated operation specifically deployed to perform search and rescue operations at sea. The loss of thousands of lives every year in the Mediterranean Sea calls for greater efforts in this regard, and especially in the development of legal and secure pathways to Europe. The entry barriers set by the Schengen acquis and the visa policy appear to succeed in preventing the arrival of asylum seekers, but at the cost of redirecting them to extremely dangerous irregular routes. The new European Border and Coast Guard has no prospect of improving this situation, as progress on maritime rescue and the protection of the fundamental rights of persons affected by Frontex operations fall short.

SIXTH: Even though it is precisely in the area of asylum policy where the Agenda sets more ambitious goals, today it remains impossible to envisage a genuine Common European Asylum System. In addition to the wide differences in the number of processed and recognised applications among the Member States, there are still serious differences in reception conditions. The emergency relocation scheme, deployed in 2015 with the purpose of mitigating the strain on Italy and Greece asylum systems and intended to be the forefront of a solidarity-based and fairer system of burden-sharing, has failed. The redistribution of asylum seekers on the basis of specific agreements or mechanisms is a welcome measure, yet a temporary one.

In this sense, the proposed 2019 agreement for the central Mediterranean shows that, four years later, there is still a division within the Union among States which reject any kind of solidarity and those which only envisage short-term solutions. Furthermore,

none of the measures proposed by the Commission in its 2016 asylum package has been approved yet. Against this background, the needs of LGBTI asylum seekers are not being considered, and many of their needs are not being addressed within the Common European Asylum System.

SEVENTH: Notable among these problems are those stemming from the credibility assessment of asylum seekers' testimonies. The element of well-founded fear should be examined objectively by focusing on the potential risk of persecution faced by the applicant in their home country. On many occasions, however, the only evidence they can provide is their own testimony. In accordance with UNHCR recommendations and the Qualification Directive, the Qualification Directive must be credible and consistent in order to be credible. According to the UNHCR recommendations and the Qualification Directive, their statements must be plausible and consistent in order to be credible.

For LGBTI people, these requirements are often judged on the basis of stereotypes that impede a correct and fair assessment by encouraging their stories to conform to the dominant prejudices in the receiving society while at the same time excluding applicants who do not meet these expectations from the protection. For this reason, the Court of Justice of the European Union has banned the use of stereotypes and prejudices -albeit in a tempered and improvable way- as well as sexually explicit questions, demonstrations and graphic documents, all of which infringe LGBTI asylum seekers' fundamental rights.

EIGHTH: At times, medical and psychological examinations have been used in an attempt to establish an asylum seeker's sexual orientation. While in some countries this type of tests is aimed at "discovering" homosexuals and bisexuals to punish them, in the Member States of the European Union it was raised as a means to assess whether an asylum-seeker was a genuine LGBTI person. This is problematic for two reasons. First, because they are completely ineffective, since no reliable medical or psychological method has been found capable of establishing someone's sexual orientation. Particularly in the case of medical tests, an excessive focus is placed on the strictly sexual dimension of sexual orientation, disregarding its emotional and affective spheres.

Second, because they violate the fundamental rights of LGBTI people, as the Court of Justice of the European Union has ruled. They do not only delve into areas of the personality protected by the right to privacy, but also some of them -like the plethysmography- constitute practices that undermine human dignity.

NINTH: An applicant's statements will generally be deemed as consistent when they do not contradict neither their previous (internal consistency) nor the information on the situation in their country available to the examining authorities (external consistency). Both dimensions of coherence raise concerns in the case of LGBTI people.

On the one hand, it has often been understood that an applicant's statements were internally inconsistent - and therefore lacked credibility - because he or she had not mentioned his or her sexual orientation or gender identity at the outset of the procedure. However, there are plenty of reasons why an LGBTI person might have concealed this information, such as fear of the authorities or internalized feelings of homophobia, biphobia, transphobia or interphobia. They may not even be aware of their own sexual orientation or gender identity prior to their arrival to the host country (as in the case of some *sur place* refugees) or that it could be the basis for their asylum application. According to the criteria of the UNHCR and the Court of Justice of the European Union, an asylum decision cannot be refused solely on this ground.

On the other hand, the information on the country of origin available to the authority is not always sufficiently high-quality or is not used properly. It may not mention LGBTI people, which has sometimes been understood as an indication that they are not being persecuted. However, the invisibility of certain LGBTI communities or the lack of organizations specialized in their rights may explain why there is no information on them, especially in those States where their persecution is acuter. The latest country of origin reports and the recommendations issued by the European Asylum Support Office are examples of good practices that could be taken as a reference by Member States.

TENTH: Worldwide, at least seventy states punish sexual acts between same-sex persons. In eleven of them, the foreseen penalty is death. Furthermore, in dozens of countries non-heteronormative gender expressions and identities are punishable offences while the freedom of expression of LGBTI people is severely restricted in others. The mere existence of such criminalizing laws creates an oppressive environment that favors violence against LGBTI people and impunity for their aggressors. However, many countries of asylum fail to assess them as an act of persecution.

In the European Union, Member States have taken three different approaches: 1) understanding the mere criminalization as an act of persecution, 2) demanding its direct enforcement to the applicant or 3) requiring it to be effectively applied by the authorities of the country of origin. The CJEU chose the latter intermediate option, which resulted in

a higher standard of protection in some Member States. However, it did so by contradicting its own case-law concerning persecution on religious grounds; and in a later case, it lowered the level of protection by also requiring the enforcement of criminal laws in religious persecution cases. In addition to lowering the standard of protection to the lowest common denominator, this case-law also contrasts with that of the European Court of Human Rights regarding LGBTI people in Europe, where they are entitled to live in a State that does not criminalize their sexual orientation.

ELEVENTH: LGBTI people have the right to enjoy all human rights. However, decision-makers in many receiving States have often considered that LGBTI asylum-seekers could escape persecution by suppressing their sexual orientation or gender identity or expression. Self-inflicted repression - often (mis)called discretion - can have devastating consequences on LGBTI people's mental health as well as preventing them from fully exercising their human rights. Although the CJEU has rejected the application of this criteria, it must be noted to avoid its appearance in other guises. For example, by artificially differentiating between "being" LGBTI and "acting" as an LGBTI - protecting only the former - or by assuming that a person may freely choose to suppress themselves when living in a country that oppresses them. Similarly, applicants cannot be expected to repress themselves in another region of their country when analyzing the merits of an internal alternative of protection.

TWELFTH: The persecution of LGBTI people is often perpetrated by non-state actors such as their families, neighbors or criminal gangs. In such cases, the State will be understood to be unable to protect the applicant when it is incapable to actually lower the risk to a reasonable level. Because the hatred towards LGBTI people usually encompasses all layers of the society, the applicant cannot normally be expected to seek the protection of a non-state actor or to flee to a safer region within their country. Nor should stereotypical decisions be made about internal protection alternatives. In states that criminalize LGBTI people, they cannot reasonably be expected to turn to the authorities for protection.

THIRTEENTH: According to the Qualification Directive, a group may be considered a particular social group to obtain international protection on grounds of gender, sexual orientation or gender identity. However, the Directive requires a cumulative approach that runs against the recommendations of the UNHCR. While under either of the two dominant criteria - protected characteristics and social perception -

LGBTI people could form a particular social group, applying both together carries the risk of excluding invisible groups or disregarding the diversity of circumstances that, when interacting with each other, fuel the violence, hatred and discrimination against LGBTI people. Moreover, the Directive expressly excludes criminal behavior from the concept of sexual orientation, an unnecessary and stigmatizing clarification that reinforces very damaging stereotypes about LGBTI people.

FOURTEENTH: Although the Reception Conditions and the Asylum Procedures Directives do not agree on the composition of their lists of persons who have special reception needs or who requires special procedural guarantees, the ECtHR case-law has clearly stated that LGBTI asylum seekers are in a situation of vulnerability. Therefore, they should be able to access both types of safeguards. In any case, to deem an applicant as vulnerable requires a prior and specific analysis that should address all their personal circumstances and the possible intersections among them, so as to avoid essentialist conceptions of LGBTI people and to correctly identify their needs. The tool designed by EASO for this purpose may provide useful and appropriate support in this task.

FIFTEENTH: Regarding special procedural guarantees, the inherent complexity of LGBTI asylum applications makes fast-track procedures especially unsuitable for LGBTI people. In particular, the application of the safe country of origin concept should be avoided as violence against this group is prevalent throughout the world and too often the available country of origin information does not provide an accurate picture of the situation of this group, all the more so when persecution is exercised by non-state actors. For this reason, it is worrying that most Member States which use lists of safe countries of origin do not specifically address the situation of LGBTI people.

In addition, the interviewing staff and interpreters should be sufficiently trained in gender, sexual orientation, gender identity, gender expression and sexual characteristics issues to allow for an easier communication by creating safer and more comfortable environments for LGBTI people. However, few Member States have included them in their training programmes.

SIXTEENTH: As for the particular needs of reception, they are especially relevant for LGBTI asylum seekers in three cases. First, when they are detained. Although the Reception Directive does not forbid the detention of vulnerable persons, the authorities must take the necessary measures to ensure the safety of LGBTI inmates as well as to provide alternatives where that is not possible. The Directive does not give sufficient

consideration to the gender perspective, and not at all to the queer approach, as it only requires detained asylum seekers to be split between men and women, which is clearly not enough. However, some Member States have established specialized centres for LGBTI refugees, although they often lack the resources to meet the high demand.

Second, LGBTI people are entitled to have their physical and mental health guaranteed and to receive the necessary medical care. The stigma suffered by this group in their countries of origin exposes them to an enhanced risk of suffering certain diseases and disorders, and to be discriminated against in the access to health. As for trans people, they must have access to at least three specific treatments: the continuation of hormone replacement therapies to avert the consequences of their interruption, psychotherapy and post-operative care if they have undergone surgery for gender reassignment.

Third, LGBTI families must be treated in a non-discriminatory manner, as they also have the right to benefit from any arrangements aimed at maintaining family unit. The ECtHR's case-law concerning family life and, by analogy, the CJEU case-law on free movement, same-sex couples should enjoy the same rights that the CEAS attributes to straight couples, whether married or not.

SEVENTEENTH: Despite the need to address the issues outlined above, the Commission's proposals for reform do not take LGBTI people into account. Although they codify - to some extent - the case law of the CJEU in the Proposal for a Qualification Regulation, the Commission focuses its proposals on developing sanctions for asylum seekers who leave the Member State responsible for their application, with the aim of reducing secondary movements.

Such is the case, above all, of the Proposal for a Reception Conditions Directive. Rather than encouraging asylum seekers to remain in the Member State responsible for their application, the Commission chooses to penalize those who leave it by withdrawing their material reception conditions. Although persons with special reception needs would be excluded from this penalty, the Commission does not mention LGBTI persons explicitly. Given the shortcomings in the accommodation of this people and the major differences among Member States, this proposal poses several risks for these people.

The Proposed Asylum Procedures Regulation also includes sanctions aimed at preventing secondary movements. It proposes to process the application under an expedited procedure; a fast-track procedure that, moreover, becomes mandatory once the directive is replaced by a regulation. Of particular concern is the fact that the concept of

a safe country of origin would also become mandatory, and the proposed list would include Turkey, a country that is clearly unsafe for LGBTI people.

EIGHTEENTH: Although these proposals have not been adopted thanks, in part, to the numerous amendments submitted by the European Parliament - far more sensible to the needs of the LGBTI community both in the past and today - they mirror the securitarian approach to irregular migration dominant in Europe under the European Migration Agenda. A paradigmatic example of a "tunnel vision" which, by focusing on the restriction and control of asylum seekers to avoid a blurred threat, neglects the needs of a particularly vulnerable group: LGBTI asylum seekers.

The election in 2019 of a new European Commission headed by a woman and poised to become the most balanced in terms of gender parity in the history of the EU may give some hope; however, the lack of mentions to LGBTI people in the President's inaugural speech and the creation of a "Protecting our European way of life" position in the Commission raises too many doubts of continuism.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- ABBOTT, K.W.; SNIDAL, D., “Hard and soft law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54-3, 2000, pp. 421-456.
- ABI-SAAB, G., “Cours général de Droit International Public”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 207, 1987.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Lex Nova, Pamplona, 2018.
- BOTHE, M., “Legal and non-legal norms – a meaningful distinction in international relations?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1980, pp. 65-95.
- BOYLE, A.E., “Some reflections on the relationship of Treaties and soft law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48-4, 1999, pp. 901-913.
- BURSON, B.; CANTOR, D.J., *Human rights and the refugee definition*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016.
- CHETAIL, V.; BAULOZ, C. (ed.), *Research handbook on Migration and International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2014.
- D’ASPREMONT, J.; AALBERTS, T., “Which future for the scholarly concept of soft International Law? Editor’s introductory remarks”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, 2012, pp. 309-312.
- DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MAZUELOS BELLIDO, A., “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 8, 2004.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2005.
- PAPASTAVRIDIS, E., *The interception of vessels on the high seas: contemporary challenges to the legal order of the oceans*, Hart, Oxford, 2014.

REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional: curso general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2006.

SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2019.

WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Stevens and Sons, Londres, 1956.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CASADO RAIGÓN, R., *et al.*, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Vol. 15-2, 2008, pp. 233-255.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 5-9, 2001, pp. 7-26.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (dir.), *Instituciones de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa – la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.

MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.

ROLDÁN BARBERO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 16, 2003, pp. 943-991.

SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.

SPAVENTA, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, *Common Market Law Review*, Vol. 55, 2018, pp. 997-1023.

VECA, S., “A proposito della ‘Carta dei diritti fondamentali’ dell’Unione Europea”, *Iride*, Vol. 1, 2001, pp. 5-12.

OBRAS ESPECÍFICAS

DERECHOS DE LOS REFUGIADOS

ADJIN-TETTEY, E., “Reconsidering the criteria for assessing well-founded fear in Refugee Law”, *Manitoba Law Journal*, Vol. 25-1, 1997, pp. 127-151.

ARBEL, E.; DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J. (eds.), *Gender in Refugee Law: From the margins to the centre*, Routledge, Londres/Nueva York, 2014.

ARNARDÓTTIR, O.M., “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights – Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, Vol. 4-3, 2017, pp. 150-171.

CAMERON, H. E., “Risk theory and ‘subjective fear’: the role of risk perception, assessment and management in refugee status determination”, *International Journal of Refugee Law*, 20-4, 2008, pp. 567-585.

CAMERON, H.E., “Refugee status determinations and the limits of memory”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-4, 2010, pp. 469-511.

COFFEY, G., “The credibility of credibility evidence at the Refugee Review Tribunal”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15-3, 2003, pp. 377-417.

- COHEN, J., “Questions of credibility: omissions, discrepancies and errors of recall in the testimony of asylum seekers”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13-3, 2002, pp. 293-309.
- COX, T. N., “‘Well-founded fear of being persecuted’: the sources and application of a criterion of refugee status”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 10-2, 1984, pp. 333-379.
- DAUVERGNE, C., *The new politics of immigration and the end of settler societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- DE LUCAS MARTÍN, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2003.
- FORTIN, A., “The meaning of protection in the refugee definition”, *International Journal of Refugee Law*, 2001, Vol. 12-4 pp. 548-576.
- FOSTER, M., *International Refugee Law and socio-economic rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- FOSTER, M., “Responsibility sharing or shifting? ‘Safe’ third countries and International Law”, *Refuge*, Vol. 25-2, 2008, 64-78.
- FOSTER, M., “Why we are not there yet: the particular challenge of ‘particular social group’”, en ARBEL, E.; DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J., *Gender in Refugee Law: From the margins to the centre*, Routledge, Londres/Nueva York, 2014, pp. 17-45.
- FREEDMAN, J., *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave Macmillan, Basingstoke/Nueva York, 2015.
- GOODWIN-GILL, G.S., “The language of protection”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 1-1, 1989, pp. 6-19.
- GOODWIN-GILL, G.S., "Safe Country? Says Who?", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 4, 1992, pp. 248-250.
- GOODWIN-GILL, G.S., “Forced migration: refugees, rights and security”, en MCADAM, J. (ed.) *Forced Migration, Human Rights and Security*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2008, pp. 1-18.

- GOODWIN-GILL, G.S.; McADAM, J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- GOODWIN-GILL, G.S.; WECKEL, P. (eds.), *Migration & Refugee protection in the 21st Century: legal aspects*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2015.
- GRAHAM, B.; HERLIHY, J.; BREWIN, C.R., “Overgeneral memory in asylum seekers and refugees”, *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, Vol. 45, 2014, pp. 375-380.
- GUNNING, I. R., “Expanding the international definition of refugee: a multicultural view”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 13-1, 1989, pp. 35-85.
- HAMEED, S.; SADIQ, A.; DIN, A.U., “The increased vulnerability of refugee population to mental health disorders”, *Kansas Journal of Medicine*, Vol. 11-1, 2018, pp. 20-23.
- HATHAWAY, J.C., *The Law of refugee status*, Butterworths, Londres, 1991.
- HATHAWAY, J.C., “The emerging politics of ‘non-entrée’”, *Refugees*, Vol. 91, 1992, pp. 40-41.
- HATHAWAY, J.C., *et al.*, “The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999.
- HATHAWAY, J.C., *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., “Internal Protection / Relocation / Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination”, en FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge, University Press, Cambridge, 2003, pp. 357-417.
- HATHAWAY, J.C.; FOSTER, M., *The Law of refugee status*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- HATHAWAY, J.C.; HICKS, W. S., “Is there a subjective element in the Refugee Convention’s requirement of ‘well-founded fear’?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26-2, 2005, pp. 505-562.
- HERLIHY, J.; GLEESON, K.; TURNER, S., “What assumptions about human behavior underlie asylum judgements?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-3, 2010, pp. 351-366.

- HERLIHY, J.; TURNER, S., “Memory and seeking asylum”, *European Journal of Psychotherapy and Counselling*, Vol. 9-3, 2007, pp. 267-276.
- HEYMAN, M.G., “Asylum, social group membership and the non-state actor: the challenge of domestic violence”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 36-4, 2003, pp. 767-814.
- JASTRAM, K.; NEWLAND, K., “La unidad familiar y la protección de los refugiados”, en FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2003, pp. 615-670.
- KAGAN, M., “Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 17, 2003, pp. 367-415.
- KAGAN, M., “Believable victims: asylum credibility and the struggle for objectivity”, *Georgetown Journal of International Affairs*, Vol. 16-1, 2015, pp. 123-131.
- KÄLIN, W., “Troubled communication: cross-cultural misunderstandings in the asylum-hearing”, *The International Migration Review*, Vol 20-2, 1986, pp. 230-241.
- KARATANI, R., “How History separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17-3, 2005, pp. 517-541.
- LA BARBERA, M., “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 62, 2019, pp. 235-257.
- LEGOMSKY, S., “The new path of immigration Law: asymmetric incorporation of criminal justice norms”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 64-2, 2007, pp. 469-528.
- MARX, R., “The criteria of applying the “Internal Flight Alternative” test in national refugee status determination procedures”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, 2002, p. 179-218.
- MORENO-LAX, V.; PAPASTAVRIDIS, E., *Boat refugees and migrants at sea: a comprehensive approach*, Brill-Nijhoff, Leiden/Boston, 2017.

- MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 37, 2010, pp. 801-842.
- NICHOLSON, F., *The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied*, ACNUR, Ginebra, 2018.
- ORTEGA TEROL, J.M., “Presentación: asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad”, en en TRUJILLO PÉREZ, A.J.; ORTEGA TEROL, J.M., *Inmigración y asilo — problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Sequitur, Madrid, 2010, pp. 8-10.
- PERONI, L.; TIMMER, A., “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11-4, 2013, pp. 1056-1085.
- PICKERING, S., “Common sense and original deviancy: news discourse and asylum seekers in Australia”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 14-2, 2001, pp. 169-186.
- SALINAS DE FRÍAS, A., “La protección internacional de los menores migrantes”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (coord.), *Inmigración e integración*, Sequitur, Madrid, 2008, pp. 194-227.
- SALINAS DE FRÍAS, A., “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J.; ORTEGA TEROL, J.M., *Inmigración y asilo — problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Sequitur, Madrid, 2010, pp. 93-129.
- SALINAS DE FRÍAS, A., “States’ obligations under International Refugee Law and counter-terrorism responses”, en SALINAS DE FRÍAS, A.; SAMUEL, K.; WHITE, N., *Counter-terrorism: International Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 111-132.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Externalización de controles migratorios versus derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 37, 2019.
- SCHULTZ, J.L., “The right to refugee status and the internal protection alternative: what does the law say?”, en BURSON, B.; CANTOR, D.J., *Human rights and the refugee definition*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 274-321.

- SHIMADA, Y., “The concept of political refugee in International Law”, *Japanese Annuary of International Law*, Vol. 19, 1975.
- SMITH-KHAN, L., “Different in the same way? Language, diversity and refugee credibility”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29-3, 2017, pp. 389-416.
- SPIJKERBOER, T., “Subsidiarity and ‘arguability’: the European Court of Human Rights’ case law on judicial review in asylum cases”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21-1, 2009, pp. 48-74.
- STEVENS, D., “What do we mean by protection?”, *International Journal of Minority and Group Rights*, Vol. 20-2, 2013, pp. 233-262.
- STOREY, H., “Persecution: towards a working definition”, en CHETAIL, V.; BAULOZ, C. (ed.), *Research handbook on Migration and International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2014, pp. 459-518.
- STOREY, H., “The Meaning of Protection within the Refugee Definition”, *Refugee Survey Quaterly*, Vol. 35-3, 2016, pp. 1-34.
- STORY, B., “Politics as usual: the criminalization of asylum seekers in the United States”, *Refugee Studies Centre Working Paper*, Vol. 26, 2005.
- SWEENEY, J.A., “Credibility, proof and Refugee Law”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21-4, 2009, pp. 700-726.
- TÜRK, V.; NICHOLSON, F., “Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general”, en FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2003, pp. 3-49.
- VAN SELM, J., *Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures - 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits'*, ACNUR, 2001.
- VENTURI, D., “The potential of a vulnerability-based approach: some additional reflections following O.M. v Hungary”, *Strasbourg Observes*, 25 de octubre de 2016, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2016/10/25/the-potential-of-a-vulnerability-based-approach-some-additional-reflections-following-o-m-v-hungary/>

ZIMMERMANN, A.; MACHTS, F.; DÖRSCHNER, J. (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI

ALTMAN, D., *Global Sex*, Chicago University Press, Chicago, 2001.

BEGER, N.J., “Queer readings of Europe: Gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice”, *Social & Legal Studies*, Vol. 9-2, 2000, pp. 249-270.

BIANCHI, C., “Slurs and appropriation: an echoic account”, *Journal of Pragmatics*, Vol. 66, 2014, pp. 35-44.

BLONDEEL, K., *et al.*, “Violence motivated by perception of sexual orientation and gender identity: a systematic review”, *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 96-1, 2018, pp. 29-41.

BRONTSEMA, R., “A queer revolution: reconceptualizing the debate over linguistic reclamation”, *Colorado Research in Linguistics*, Vol. 17, 2004, pp. 1-17

BROWN, D., “Making room for sexual orientation and gender identity in International Human Rights Law: an introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31-4, 2010, pp. 821-879.

CARPENTER, M., “The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change”, *Reproductive Health Matters*, Vol. 24-47, 2016, pp. 74-84.

CARTER, D., *Stonewall: the riots that sparked the gay revolution*, St. Martin’s Press, Nueva York, 2004.

CHAN, P.C.W., “Protection of sexual minorities since Stonewall: their lives, struggles, sufferings, love, and hope”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2&3, 2009, pp. 129-141.

CHARLESWORTH, H., “The public/private distinction and the right to development in International Law”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 190-204.

- CIANCIARULO, M., “Refugees in Our Midst: applying International Human Rights Law to the bullying of LGBTQ youth in the United States”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 47-2, 2015, pp. 55-96.
- CRENSHAW, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989-1, 1989, pp. 139-167.
- D’AMICO, M., “Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 2-2, 2015, p. 151-162.
- DAVIS, A.N., “Intersectionality and International Law: recognizing complex identities on the global stage”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 28, 2015.
- DI SILVIO, L., “Correcting corrective rape: *Carmichele* and Developing South Africa's affirmative obligations to prevent violence against women”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 99-5, 2011, p. 1469-1516.
- ETTELBRICK, P. L.; TRABUCCO ZERÁN, A., *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development*, 2010.
- FRANK, W., *Law and the Gay Rights Story: The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, Rutgers University Press, Piscataway, 2014.
- GIRARD, F., “Negotiating sexual rights and sexual orientation at the UN”, en PARKER, R.; PETCHESKY, R.; SEMBER, R., *Sex politics: reports from the frontlines*, Sexuality Policy Watch, 2007, disponible en <http://www.sxpolitics.org/frontlines/home/>, pp. 311-358.
- HEINZE, E., *Sexual orientation: A Human Right*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
- HEINZE, E., “Sexual orientation and International Law: a study in the manufacture of cross-cultural sensitivity”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22-2, 2001, pp. 283-309.
- HELLUM, A. (ed.), *Human rights, sexual orientation, and gender identity*, Routledge, Londres/Nueva York, 2017.
- KERTZNER, R.M. *et al.*, “Social and psychological well-being in lesbians, gay men, and bisexuals: the effects of race, gender, age and sexual identity”, *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 79-4, 2009, pp. 500-510.

- KOLLMAN, K.; WAITES, M., “The global politics of lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: an introduction”, *Contemporary Politics*, Vol. 15-1, 2009, pp. 1-17.
- KRÜSI, A., *et al.*, “‘They won’t change it back in their heads that we’re trash’: the intersection of sex work-related stigma and evolving policing strategies”, *Sociology of Health & Illness*, Vol. 38-7, 2016, pp. 1137-1150.
- LA BARBERA, M.C., “Interseccionalidad”, *Eunomía*, Vol. 12, 2017, pp. 191-198.
- MCGILL, J., “SOGI...So what? Sexual orientation, gender identity and Human Rights discourse at the United Nations”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3-1, 2014, pp. 1-38.
- MEYER, I.H., “Prejudice, social stress, and mental health in Lesbian, Gay, and Bisexual populations: conceptual issues and research evidence”, *Psychological Bulletin*, Vol. 129-5, 2003, pp. 674-697.
- MILLBANK, J.; DAUVERGNE, C., “Forced marriage and the exoticization of gendered harms in United States Asylum Law”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 19-4, 2010, p. 898-963.
- MORGAN, W., “Queering International Human Rights Law”, en STYCHIN, C.; HERMAN, D., *Law and Sexuality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000, pp. 208-225.
- NADAL, K.L.; DAVIDOFF, K.C.; FUJII-DOW, W., Transgender women and the sex work industry: roots in systemic, institutional, and interpersonal discrimination, *Journal of Trauma & Dissociation*, Vol. 15-2, pp. 169-183.
- NANDA, S., *Gender diversity: crosscultural variations*, Waveland Press, Long Grove, 2014.
- NEWCOMB, M.E.; MUSTANSKI, B., “Internalized homophobia and internalizing mental health problems: a meta-analytic review”, *Clinical Psychology Review*, Vol. 30-8, 2010, pp. 1019-1029.
- NOLAN, A; FREEDMAN, R.; MURPHY, T., *The United Nations Special Procedures System: Introduction*, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2830784>
- O’FLAHERTY, M., “The Yogyakarta Principles at ten”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33-4, 2015, pp. 280-298.

- O'FLAHERTY, M.; FISHER, J., "Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review*, Vol. 8-2, 2008, pp. 207-248.
- OTTO, D., "Queering gender [identity] in International Law", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33-4, pp. 299-318.
- PATTERSON, C.J; D'AUGELLI, A., *Handbook of psychology and sexual orientation*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- PICCONE, T., *Catalysts for Change: How the U.N.'s Independent Experts Promote Human Rights*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.
- PINSOF, D.; HASELTON, M. G., "The effect of promiscuity stereotype on opposition to gay rights", *Public Library of Science ONE*, Vol. 12-7, 2017, disponible en <https://dx.doi.org/10.1371%2Fjournal.pone.0178534>.
- POPPELWELL-SCEVAK, C., "Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages", *Strasbourg Observes*, 2 de febrero de 2018, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/#more-4088>
- PUCKETT, J.A. *et al.*, "Coping with discrimination: the insidious effects of gender minority stigma on depression and anxiety in transgender individuals", *Journal of Clinical Psychology*, Vol. 75-11, 2019, disponible en <https://doi.org/10.1002/jclp.22865>.
- RAMÓN MENDOS, L., *State-sponsored homophobia 2019*, ILGA, Ginebra, 2019.
- ROOD, B.A., *et al.*, "Internalized transphobia: exploring perceptions of social messages in transgender and gender nonconforming adults", *International Journal of Transgenderism*, Vol. 18-4, 2017, pp. 411-426.
- RUSSELL, S. *et al.*, "Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Adolescent School Victimization: Implications for Young Adult Health and Adjustment", *Journal of School Health*, Vol. 81-5, 2011, pp. 223-230.
- RUSSELL, S.T.; FISH, J.N., "Mental health in lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) Youth", *Annual Review of Clinical Psychology*, Vol. 12, pp. 465-487.

- SALAZAR BENÍTEZ, O., *Igualdad, género y derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- SANDERS, D., “Getting lesbian and gay issues on the International Human Rights agenda”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, 1996, pp. 67-106.
- SANDERS, D., “Human Rights and sexual orientation in International Law”, *International Journal of Public Administration*, Vol. 25-1, 2002, pp. 13-44.
- SPALDING, A., “Where next after Coman?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, 2019, pp. 117-139.
- SUSSNER, P., “Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*.
- SWIEBEL, J., “Lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: the search for an international strategy”, *Contemporary Politics*, Vol. 15-1, 2009, pp. 19-35.
- THORESON, R.R., “Queering Human Rights: the Yogyakarta Principles and the norm that dare not to speak its name”, *Journal of Human Rights*, Vol. 8-4, 2009, pp. 323-339.
- TRUJILLO, I., “Universalità, realismo e diritti. Su alcuni contribute del femminismo alla filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, Vol. 2, 2013, pp. 367-378.
- WAALDIJK, K., “Civil developments: patterns of reform in the legal position of same-sex partners in Europe”, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 17-1, 2000, pp. 62-88.
- WAALDIJK, K.; LAWSON, R.; KOFFEMAN, N., *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, Leiden, 2010.
- WINKLER, M., “Il piombo e l’oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 3-2, 2016, p. 46-61.
- WRIGGINS, J., “Towards a feminist revision of torts”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 13-1, pp. 139-159.
- YOSHINO, K., “Covering”, *Yale Law Journal*, Vol. 111-4, 2001-2002, pp. 769-939.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA

- BAMFORTH, N., “Sexual orientation discrimination after Grant v. South-West Trains”, *Modern Law Review*, vol. 63-4, 2000, pp. 694-720.
- BARNARD, C., “The principle of equality in the community context: P, Grant, Kalance and Marschall: four uneasy bedfellows?”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 57-2, 1998, pp. 352-373.
- CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 9, 2001, pp. 7-26.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 39-45.
- DE SCHUTTER, O., *Exploring the Lisbon Treaty – new opportunities for equality and human rights applied to sexual orientation and gender identity*, ILGA-Europe, 2011, disponible en <https://ilga-europe.org>
- DÍAZ LAFUENTE, J., “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 17, 2013, p. 3.
- MANZANO BARRAGÁN, I., “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 32-1, 2009, pp. 151-178.
- PARMAR, S., “El Tratado de Ámsterdam”, en KRICKLER, K. (coord.), *La orientación sexual y la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam*, ILGA-Europa, Bruselas, 1999, pp. 17-28.

REFUGIADOS LGBTI

- BERG, L.; MILLBANK, J., “Constructing the personal narratives of lesbian, gay and bisexual asylum claimants”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 22-2, 2009, pp. 195-223.
- BOWMANI, Z., “Queer refuge: the impacts of homoantagonism and racism in U.S. Asylum Law”, *Georgetown Journal of Gender and Law*, Vol. 18-1, 2017, pp. 1-41.
- BOYD, M., “Gender, refugee status and permanent settlement”, *Gender Issues*, Vol. 17-1, 1999, pp. 5-25.
- BROWN, G., “Autocastration and autopenectomy as surgical selftreatment in incarcerated persons with gender identity disorder”, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 12-1, pp. 31-39.
- CHIVERS, M.; SETO, M.; BLANCHARD, R., “Gender and sexual orientation differences in sexual response to sexual activities versus gender of actors in sexual films”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 93-6, 2007, pp. 1108-1121.
- CHIVERS, M.; SETO, M.; LALUMIÈRE, M.; LAAN, E.; GRIMOS, T., “Agreement of self-reported and genital measures of sexual arousal in men and women: a meta-analysis”, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 39-1, 2010, pp. 5-56.
- COLEMAN E., et al., *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, World Professional Association for Transgender Health, 2012.
- COLIZZI, M.; COSTA, R.; TODARELLO, O., “Transsexual patients' psychiatric comorbidity and positive effect of cross-sex hormonal treatment on mental health: results from a longitudinal study”, *Psychoneuroendocrinology*, Vol. 39, 2014, pp. 65-73.
- CONNELY, E., “Queer, beyond a reasonable doubt: refugee experiences of ‘passing’ into ‘membership of a particular social group’”, *UCL Migration Research Unit Working Papers*, núm. 2014/3, 2014.
- CONROY, M., “Real bias: How REAL ID’s credibility and corroboration requirements impair sexual minority asylum applicants”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 24, 2009, pp. 1-47.

- CRAGNOLINI, G., “Lesbian, gay, bisexual and transgender refugees – challenges in refugee status determination and living conditions in Turkey”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/Nueva York, 2013, pp. 98-120.
- DAUVERGNE, C.; MILLBANK, J., “Burdened by proof: how the Australian Refugee Review Tribunal has failed lesbian and gay asylum seekers”, *Federal Law Review*, Vol. 31-2, 2003, pp. 299-342.
- DAWSON, J.; GERBER, P., “Assessing the refugee claims of LGBTI people: is the DSSH model useful for determining claims by women for asylum based on sexual orientation”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29-2, 2017, pp. 292-322.
- DEL GUERCIO, A., “Quali garanzie per il diritto all’unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso?”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, p. 59-73.
- DEN HEIJER, M., “Persecution for reason of sexual orientation: X, Y and Z”, *Common Market Law Review*, Vol. 51-4, pp. 1217-1235.
- DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, Vol. 89, 2014, pp. 345-388.
- DUNNE, P., “A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: fairer assessment procedures for gay and lesbian asylum applicants in the European Union”, *European Law Review*, 2015, pp. 411-423.
- DUSTIN, M.; HELD, N., “In or out? A Queer Intersectional Approach to ‘Particular Social Group’ Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, pp. 74-87.
- FERREIRA, N., “Portuguese refugee Law in the European Context: the case for sexuality-based claims”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27-3, 2015, pp. 411-432.
- FERREIRA, N., “Reforming the Common European Asylum System: enough rainbow for queer asylum seekers?”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, pp. 9-24.

- FERREIRA, N.; DANISI, C.; DUSTIN, M.; HELD, N., The reform of the Common European Asylum System: fifteen recommendations from a sexual orientation and gender identity perspective, 2018, disponible en <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/76321/>.
- FERREIRA, N.; VENTURI, D., “Tell me what you see and I’ll if you’re gay: analyzing the Advocate General’s Opinion in case C-473/16, F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 24 de noviembre de 2017, disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/tell-me-what-you-see-and-ill-tell-you-if-youre-gay-analysing-the-advocate-generals-opinion-in-case-c-47316-f-v-bevandorlasi-es-allampolgarsagi-hivatal/>
- FERRI, F., “Assessing credibility of asylum seekers’ statements on sexual orientation: lights and shadows of the *F* judgment”, *European Papers*, Vol. 3-2, 2018, pp. 875-882.
- FOBEAR, K., “Queer settlers: questioning settler colonialism in LGBT asylum processes in Canada”, *Refuge*, Vol. 30-1, 2014, pp. 47-56.
- FOSTER, M., “The ‘ground with the least clarity’: a comparative study of jurisprudential developments relating to ‘membership of a particular social group’”, ACNUR, *Legal and protection policy research series*, Documento PPLA/2012/02, 2012.
- GÓMEZ, E., “The post-ABC situation of LGB refugees in Europe”, *Emory International Law Review*, Vol. 30-3, 2016, pp. 475-500.
- GOOREN, L., “Care of transexual persons”, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 364, 2011, pp. 1251-1257
- GREATRICK, A., “Queer (im)mobilities and ‘refugee crisis’: examining stakeholder responses to sexual minority refugees in Turkey”, *ULC Migration Research Unit Working Papers*, N.º 2017/1, 2017.
- GYULAI, G. (ed.) et al., Credibility assessment in asylum procedures – a multidisciplinary training manual. Volume 2, Hungarian Helsinki Committee, Budapest, 2015.
- HANNA, F., “Punishing masculinity in gay asylum claims”, *Yale Law Journal*, Vol. 114-4, pp. 913-920.
- HATHAWAY, J.C.; POBJOY, J., “Queer cases make bad law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 44-2, 2012, pp. 315-389.

- HERTOGHS, M.; SCHINKEL, W., “The state’s sexual desires: the performance of sexuality in the Dutch asylum procedure”, *Theory and Society*, Vol 47-6, 2018, pp. 691-716
- HINGER, S., “Finding the fundamental: shaping identity in gender and sexual orientation based asylum claims”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 19, 2010, pp. 367-408.
- HOJEM, P., “Fleeing love: asylum seekers and sexual orientation in Scandinavia”, *New Issues in Refugee Research*, Núm. 181, 2009.
- HOPKINSON, R.; KEATLEY, E.; GLAESER, E.; ERICKSON-SCHROTH; FATTAL, O.; SULLIVAN, M. N., “Persecution experiences and mental health of LGBT asylum seekers”, *Journal of Homosexuality*, Vol. 64-12, 2017, pp. 1650-1666.
- JANSEN, S., “Introduction: fleeing homophobia, asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/Nueva York, 2013, pp. 1-31.
- JANSEN, S., *Good practices related to LGBTI asylum applicants in Europe*, ILGA, 2014, disponible en <https://www.ilga-europe.org/resources/ilga-europe-reports-and-other-materials/good-practices-related-lgbti-asylum-applicants>.
- JANSEN, S.; SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia — asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, V.U. University Amsterdam, Amsterdam, 2011.
- JOHNSON, P.; FALCETTA, S., “Sexual orientation discrimination and Article 3 of the European Convention on Human Rights: developing the protection of sexual minorities”, *European Law Review*, Vol. 43-2, 2018, pp. 167-185.
- JORDAN, S., “Un/convention(al) refugees: contextualizing the accounts of refugees facing homophobic or transphobic persecution”, *Refuge*, Vol. 26-2, 2009, pp. 165-182.
- LALUMIÈRE, M.; QUINSEY, V.; HARRIS, G.; RICE, M.; TRAUTRIMAS, C., “Are rapists differentially aroused by coercive sex in phallogometric assessments?”, *Annals of New York Academy of Sciences*, Vol. 989-1, pp. 211-246.

- LANDAU, J., “‘Soft inmutability’ and ‘imputed gay identity’: recent developments in transgender and sexual-orientation-based Asylum Law”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 32-2, 2004, pp. 101-126.
- LAVIOLETTE, N., “Independent human rights documentation and sexual minorities: an ongoing challenge for the Canadian refugee determination process”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2, 2009, pp. 437-476.
- LAVIOLETTE, N., “‘UNHCR Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity’: a critical commentary”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 22-2, 2010, p. 187.
- LAVIOLETTE, N., *Sexual orientation, gender identity and the refugee determination process in Canada*, Immigration and Refugee Board, 2015.
- MALWITZ, C.C., “Particular social groups: vague definitions and an indeterminate future for asylum seekers”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 83-3, 2018, pp. 1149-1173.
- MAROUF, F.E., “The emerging importance of ‘social visibility’ in defining a particular social group and its potential impact on asylum claims related to sexual orientation and gender”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 27, 2008/2009, pp. 47-106.
- MCCONAGHY, N., “Subjective and penile plethysmography responses following aversion-relief and apomorphine aversion therapy for homosexual impulses”, *British Journal of Psychiatry*, Vol. 115, pp. 723-730.
- McGHEE, D., “Homosexuality and refugee status in the United Kingdom”, *Sociological Research Online*, vol. 6-1, 2001, disponible en <http://www.socresonline.org.uk/6/1/mcghee.html>.
- MILLBANK, J., “‘The Ring of Truth’: a case study of credibility assessment in particular social group refugee determinations”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21-1, 2009, pp. 1-33.
- MILLBANK, J., “From discretion to disbelief: recent trends in refugee determination on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom”, *International Journal of Human Rights*, vol. 13-2,3, 2009, pp. 391-414.
- MILLBANK, J., “The right of lesbians and gay men to live freely, openly and on equal terms is not bad law: a reply to Hathaway and Pobjoy”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 44-2, 2012, pp. 497-527.

- MORGAN, D., “Not gay enough for the government: racial and sexual stereotypes in sexual orientation asylum cases”, *Law & Sexuality: Review of Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, vol. 15, 2006, pp. 135-161.
- NATHWANI, N., Protezione de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas, ACNUR, 2015.
- O'DWYER, P., “A well-founded fear of having my sexual orientation claim heard in the wrong court”, *New York School Law Review*, Vol. 52, 2008, pp. 185-212.
- PRAS, E.; WOUDA, J.; WILLEMSE, P.; MIDDEN, M.; ZWART, M.; DE VRIES, E.; SCHULTZ, W.C., “Pilot study of vaginal plethysmography in women treated with radiotherapy for gynecological cancer”, *Gynecologic Oncology*, Vol. 91-3, 2003, pp. 540-546.
- PURCELL, M.; CHANDLER, J.; FEDOROFF, J.P., “The use of phallometric evidence in Canadian Criminal Law”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, Vol. 43-2, 2015, pp. 141-153.
- REHAAG, S., “Bisexuals need not apply: a comparative appraisal of refugee law and policy in Canada, the United States and Australia”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2/3, 2009, pp. 415-436.
- RIVERA, I., “La richiesta di asilo e l'uso della perizia per l'accertamento dell'orientamento sessuale”, *Giurisprudenza Italiana*, Vol. 170-10, 2018, pp. 2081-2085.
- ROMANO, A., “Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI”, *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol 2-2, 2015, pp. 255-267.
- RUNMEY, P., “Gay male rape victims: law enforcement, social attitudes and barriers to recognition”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13-2, 2009, pp. 233-250.
- SHIRES, D., *et al.*, “Primary care providers' willingness to continue gender-affirming hormone therapy for transgender patients”, *Family Practice*, Vol. 35-5, 2018, pp. 576-581.

- SPIJKERBOER, T., *Gender and refugee status*, Spijkerboer 1999/2000, disponible en <http://thomasspijkerboer.eu>
- SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/Nueva York, 2013.
- SUSSNER, P., “Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law”, en SUSSNER, P., “Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law”, en SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia – sexual orientation, gender identity and asylum*, pp. 176-188.
- TROTTIER, D.; ROULEAU, J.; RENAUD, P.; GOYETTE, M., “Using eye tracking to identify faking attempts during penile plethysmography assessment”, *Journal of Sex Research*, Vol. 51-8, 2014, pp. 946-955.
- TSCHALAER, M., “Between queer liberalisms and Muslim masculinities: LGBTQI+ Muslim asylum assessment in Germany”, *Ethnic and Racial Studies*, 2019, disponible en <https://doi.org/10.1080/01419870.2019.1640378>.
- TOLLINCHE, L., *et. al.*, “The perioperative care of the transgender patient”, *Anesthesia & Analgesia*, Vol. 127-2, 2018, pp. 359-366.
- VAGELOS, E., “The social group that dare not speak its name: should homosexuals constitute a particular social group for purposes of obtaining refugee status? Comment on Re: Inaudi”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 17-1, 1993, pp. 229-276.
- VINE, J., *An Investigation into the Home Office’s Handling of Asylum Claims Made on the Grounds of Sexual Orientation*, Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, Reino Unido, 2014.
- VOGLER, S., “Legally Queer: the construction of sexuality in LGBQ asylum claims”, *Law & Society Review*, Vol. 50-4, 2016, pp. 856-889.
- WESSELS, J., “*HJ (Iran) and HT (Cameroon)* — reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24-4, pp. 815-839.

WILSON, E., *et al.*, “Connecting the dots: examining transgender women's utilization of transition-related medical care and associations with mental health, substance use, and HIV”, *Journal of Urban Health*, Vol. 92-1, 2015, pp. 182-192.

YANG, D., “La tendencia global hacia la despenalización de los actos sexuales consensuales entre personas del mismo género (1969 a 2019)”, en RAMÓN MENDOS, L., *Homofobia de Estado 2019*, cit. supra, pp. 177-180.

YOUNG, J., “The alternate refuge concept: a source of systematic disadvantage to sexual minority refugee claimants”, *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 60, 2010, pp. 294-337.

SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

ABRISKETA URIARTE, J., “La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, Vol. 56, pp. 119-158.

BLOOMFIELD, A., “Alternatives to detention at a crossroads: humanization or criminalization”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, 2016, pp. 29-46.

BROUWER, J.; VAN DER WOUDE, M.; VAN DER LEUN, J., “Framing migration and the process of crimmigration: a systematic analysis of the media representation of unauthorized immigrants in the Netherlands”, *European Journal of Criminology*, Vol. 14-1, 2017, pp. 100-119.

CHOI, V., “Living discreetly: A Catch 22 in refugee status determinations on the basis of sexual orientation”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 36-1, 2010, pp. 241-263.

COSTELLO, C., “Safe country? Says who?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 28-4, 2016, p. 1-22.

COSTELLO, C.; HANCOX, E., “The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: caught between the stereotypes of abusive asylum-seeker and the vulnerable refugee” en CHETAIL, V.; DE BRUYCKER, P.; MAIANI, F., *Reforming the Common European Asylum System – the new European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 377-445.

COSTELLO, C.; MOUZOURAKIS, M., “EU Law and the detainability of asylum-seekers”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, 2016, pp. 47-73.

- DA LOMBA, S., *The right to seek refugee status in the European Union*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Nueva York, 2004.
- DEN HEIJER, M., *Europe and Extraterritorial Asylum*, Hart, Oxford/Portland, 2012.
- DI FILIPPO, M., “Dublin ‘reloaded’ or time for ambitious pragmatism?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, de 12 de octubre de 2016, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/dublin-reloaded/>
- DI FILIPPO, M., “The allocation of competence in asylum procedures under EU Law: the need to take the Dublin bull by the horns”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 59, 2018, pp. 41-95.
- DI FILIPPO, M., “Current challenges for the protection of refugees in Europe: an introduction”, *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 12-3, 2018, pp. 459-461.
- EL-ENANY, N., “The safe country concept in European Union asylum Law: in safe hands?”, *Cambridge Student Law Review*, Vol. 2, 2006, pp. 1-9.
- EL-ENANY, N., “The New Europe and the European refugee — the subversion of the EU’s Refugee Law by its migration policy”, en JUSS, S., *Law and migration: Ashgate research companion to migration law, theory and policy*, Ashgate, Abingdon, 2013, pp. 3-76.
- FERRERO-TURRIÓN, R., “Europa sin rumbo. El fracaso de la UE en la gestión de la crisis de refugiados”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, Vol. 21, pp. 159-176.
- FERRERO-TURRIÓN, R.; PINYOL-JIMÉNEZ, G., “La mal llamada ‘crisis de refugiados’ en Europa: crisis, impactos y retos para la política de inmigración y asilo de la Unión Europea”, *Documentación Social – Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, Vol. 180, 2016, pp. 49-70.
- FLYNN, M., “Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 31, 2012, pp. 40-68.
- GAUCI, J-P., “Leap ahead or more of the same? The European Commission’s proposed revisions to the Dublin System”, *European Journal of International Law: Talk!*, de 20 de mayo de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/leap-ahead-or-more-of-the-same-the-european-commissions-proposed-revisions-to-the-dublin-system/>

- HAILBRONNER, K., “Detention of asylum seekers”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, pp. 159-172.
- HATHAWAY, J., “E.U. accountability to International Law: the case of asylum”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33-1, 2011, pp. 1-7.
- HRUSCHKA, C., “Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, de 17 de mayo de 2016, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/dublin-is-dead-long-live-dublin-the-4-may-2016-proposal-of-the-european-commission/>
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf)
- JAKULEVICIENE, L., “Vulnerable persons as a new sub-group of asylum seekers?”, en CHETAİL, V.; DE BRUYCKER, P.; MAIANI, F., *Reforming the Common European Asylum System – the new European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 353-375.
- LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “El sistema europeo común de asilo a examen”, en REIG FABADÓ, I. *Libertad de circulación, asilo y refugio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 41-68.
- MAIANI, F., *The reform of the Dublin III regulation*, LIBE Committee of the European Parliament, junio de 2016, disponible en
- MATEVŽIČ, G., *Crossing a red line – how EU countries undermine the right to liberty by expanding the use of detention of asylum seekers upon entry: case studies on Bulgaria, Greece, Hungary and Italy*, Hungarian Helsinki Committee, Budapest, 2019
- MORENO-LAX, V., “The legality of the safe third country” notion contested: insights from the Law of the Treaties”, en GOODWIN-GILL, G.; WECKEL, P., *Migration & refugee protection in the 21st Century: legal aspects*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 663-720.
- MORILLAS, P., “Se ahonda la división entre este y oeste”, en MORILLAS, P.; SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.; SOLER, E., *Europa ante la crisis de refugiados: 10 efectos colaterales*, CIDOB, Barcelona, 2015, pp. 23-25.
- NASCIMBENE, B., “Refugees, the European Union and the ‘Dublin system’. The reasons for a crisis”, *European Papers*, Vol. 1-1, 2016, pp. 101-113.

- O'NIONS, H., "The right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, 2008, pp. 149-185.
- PARKIN, J., "The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the academic literature and research", *CEPS Papers in Liberty and Security*, Núm. 61, 2013.
- PEERS, S., "The Dublin system: the ECJ squares the circle between mutual trust and Human Rights protection", *EU Law Analysis*, 20 de febrero de 2017, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>.
- PEERS, S.; GUILD, E.; TOMKIN, J., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition Vol. 1*, Martins Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
- PETIN, J., "Exploring the role of vulnerability in immigration detention", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35-1, 2016, p. 1-18.
- POON, J., "The EU Commission on Dublin IV: sufficient safeguards for asylum claimants?", *ESIL Reflections*, Vol. 5-9, de 17 de octubre de 2016.
- SPIJKERBOER, T., "Minimalist reflections on Europe, refugees and law", *European Papers*, Vol. 1-2, 2016, p. 533-558.
- SPIJKERBOER, T., "Gender, sexuality, asylum and European Human Rights", *Law Critique*, Vol. 29, 2018, pp. 221-239.
- THYM, D., "A bird's eye view on ECJ Judgments on immigration, asylum and border control cases", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, 2019, pp. 166-193.
- WALTER-FRANKE, M., "Asylum detention in Europe – state of play and ways forward", *Jacques Delors Institut Policy Paper*, Vol. 195, 2017.

POLÍTICA COMÚN DE CONTROL DE FRONTERAS

- ACOSTA PENCO, M.T., "La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿un nuevo Frontex?", *Revista de Estudios Europeos*, Vol. 71, 2018, pp. 86-101.
- BEVILACQUA, G., "Exploring the ambiguity of Operation Sophia between military and search and rescue activities", en ANDREONE, G., *The future of the Law of the Sea*, 2017, pp. 165-189.

- BOLLO ARACENA, M.D, “La tolerancia de paso por parte de algunos Estados ante la afluencia masiva de refugiados: ¿cruce irregular de frontera? Sentencias dictadas por la Gran Sala del TJUE en los asuntos C-490/16 y C-646/16, de 26 de julio de 2017, *Revista Aranzadi Unión Europea*, Núm. 1, 2018.
- CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L., “A European Border and Coast Guard: What’s in a name?”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Núm. 88, 2016.
- CASOLARI, F., “The EU’s hotspot approach to managing the migration crisis: a blind spot for international responsibility?”, *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2015, pp. 109-134.
- CHOLEWINSKI, R., *Borders and discrimination in the European Union*, Immigration Law Practitioners’ Association, Londres, 2002, disponible en <http://www.ilpa.org.uk/resources.php/13281/borders-and-discrimination-in-the-european-union>.
- COCCHINI, A, “Tráfico ilícito de migrantes y Operación Sophia: ¿podría aplicarse de nuevo la responsabilidad de proteger en Libia?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 35, 2018.
- DE BRUYCKER, P., “The European Border and Coast Guard: a new model built on an old logic”, *European Papers*, Vol. 1-2, 2016, p. 559-569.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Gestión integrada de fronteras, Frontex y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?”, en SALINAS DE FRÍAS, A.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., (dir.); SÁNCHEZ FRÍAS, A.; PEÑA DÍAZ, F., (coord.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE LUCAS MARTÍN, J., “Doble rasero humanitario: Túnez, Libia”, en RAMÓN CHORNET, C., *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las sanciones del Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 121-127.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 6-12, 2002, pp. 299-341.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales”, en FORNER I DELAYGUA, J.J. (coord.),

- Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 43-80.
- DI PASCALE, A., “Migration control at sea: the Italian case”, en RYAN, B.; MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, pp. 281-310.
- DURIEUX, J.F., “The duty to rescue refugees”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 28-4, 2016, pp. 637-655.
- EKELUND, H., “The establishment of Frontex: a new institutional approach”, *International Journal of European Integration*, Vol. 36-2, 2014, pp. 99-116.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T., “El Programa de Estocolmo: últimos desarrollos de la política europea de libertad, seguridad y justicia”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. (dir.), *Inmigración, seguridad y justicia: problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Dykinson, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ROJO, D., “Creación de una Guardia Europea de Fronteras y Costas: breve análisis de la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2015”, *European Papers*, Vol. 1-1, 2016, pp. 203-212.
- FERNÁNDEZ ROJO, D., “Hotspot approach: cooperación y control de Frontex, EASO y Europol”, en BLASI CASAGRÁN, C.; ILLAMOLA DAUSA, M. (coord.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 105-121.
- FERNÁNDEZ ROJO, D., “Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?, en SALINAS DE FRÍAS, A.; MARTÍNEZ PÉREZ, E., (dir.); SÁNCHEZ FRÍAS, A.; PEÑA DÍAZ, F., (coord.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 421-431.
- FERRARO, F.; DE CAPITANI, E., “The new European Border and Coast Guard: yet another ‘half way’ EU reform?”, *ERA Forum*, Vol. 17, 2016, p. 385-398.
- FINK, M., *Frontex and human rights: responsibility in ‘multi-actor situations’ under the ECHR and EU public liability law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- GAUCI, J-P, “Back to old tricks? Italian responsibility for returning people to Libya”, *EJIL: Talk!*, 6 de junio de 2017, disponible en <https://www.ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya/>.

- GUILD, E.; BROUWER, E.; GROENENDIJK, K.; CARRERA, S., “What is happening to the Schengen borders?”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Núm. 86, 2015.
- KIM, S., “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: State sovereignty and migration controls at sea in the European context”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 49-70.
- KOKA, E.; VESHI, D., “Irregular migration by sea: interception and rescue interventions in light of International Law and the EU Sea Borders Regulation”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, 2019, pp. 26-52.
- MONAR, J., “The Project of a European Border Guard: Origins, Models and Prospects in the Context of the EU’s Integrated External Border Management”, en CAPARI, M. & MARENIN, O. (eds.), *Borders and Security Governance. Managing Borders in a Globalised World*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Ginebra, 2006.
- MORENO-LAX, V., “*Hirsi Jamaa and others v Italy* or the Strasbourg Court versus extraterritorial migration control?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12-3, 2012, pp. 574-589.
- MORENO-LAX, V.; GIUFFRÉ, M., “The rise of consensual containment: from ‘contactless control’ to ‘contactless responsibility’ for forced migration”, en JUSS, S. (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2019, pp. 82–108.
- NEAL, A.W., “Securitization and risk at the EU border: the origins of Frontex”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47-2, 2009, pp. 333-356.
- PAPASTAVRIDIS, E., “EUNAVFOR Operation Sophia and the International Law of the Sea”, *Maritime Safety and Security Law Journal*, Vol. 2, 2016, pp. 57-72
- PEERS, S., “The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees’ Expense?”, *EU Law Analysis*, de 16 de diciembre de 2015, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/12/the-reform-of-frontex-saving-schengen.html>
- RIJPMA, J., The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management, LIBE Committee of the European Parliament, 2016.

- SALINAS DE FRÍAS, A., “Extraterritorial application of the ECHR: a relevant contribution of regionalism to peace and security?”, *ESIL Conference Paper Series*, Vol. 2-1, 2012, pp. 1-20.
- SANTOS VARA, J.; SÁNCHEZ TABERNERO, S.R., “In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18-1, 2016, pp. 65-88.
- SANTOS VARA, J., “La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de fronteras?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 59, 2018, pp. 143-186.
- SOLER GARCÍA, C., “La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 34, 2017.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., “The European operations in the Mediterranean Sea to deal with migration as a symptom: from the Italian operation *Mare Nostrum* to Frontex operations *Triton* and *Posseidon*, *EUNAVFOR-MED* and NATO’s assistance in the Aegean Sea”, *The Spanish Yearbook of International Law*, vol. 20, 2016, pp. 93-117.

COOPERACIÓN CON TERCEROS ESTADOS EN MATERIA DE MIGRACIÓN, ASILO Y CONTROL DE FRONTERAS

- COLLET, E., “The Paradox of the EU-Turkey Refugee Deal”, *Migration Policy Institute*, marzo de 2016, disponible en <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal>.
- ÇORABATIR, M., “The evolving approach to refugee protection in Turkey: assessing the practical and political needs”, *Migration Policy Institute*, 2016, disponible en <http://www.migrationpolicy.org/research/evolving-approach-refugee-protection-turkey-assessing-practical-and-political-needs>
- CORTEN, O., “Accord politique ou juridique: quelle est la nature du ‘machin’ conclu entre l’UE et la Turquie en matière d’asile?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou->

juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/.

DE CAPITANI, E., “Is the European Council responsible for the so-called ‘EU-Turkey Agreement’? The issue is on the Court of Justice table”, *European Area of Freedom Security*, disponible en <https://free-group.eu/2016/06/07/is-the-european-council-responsible-for-the-so-called-eu-turkey-agreement-the-issue-is-on-the-court-of-justice-table/>.

DEN HEIJER, M. ; SPIJKERBOER, T., “The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?”, *EU Law Analysis*, 16 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>.

GIUFFRÉ, M. G., “From Turkey to Libya: the EU Migration Partnership from bad to worse”, *Eurojus.it*, Vol. 4-1, 2017, disponible en <http://rivista.eurojus.it/from-turkey-to-libya-the-eu-migration-partnership-from-bad-to-worse/>.

LEHNER, R., “The EU-Turkey ‘deal’: legal challenges and pitfalls”, *International Migration*, Vol. 57-2, 2019, pp. 177-185.

MACKENZIE-GRAY SCOTT, R., “Torture in Libya and questions of EU Member State complicity”, *EJIL: Talk!*, 11 de enero de 2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/torture-in-libya-and-questions-of-eu-member-state-complicity/>.

NAKACHE, D.; LOSIER, J., “The European Union Immigration Agreement with Libya: Out of Sight, Out of Mind?”, *E-International Relations*, 25 de julio de 2017, disponible en <http://www.e-ir.info/2017/07/25/the-european-union-immigration-agreement-with-libya-out-of-sight-out-of-mind/>.

PALM, A.V., “The EU external policy on migration and asylum: what role for Italy in shaping its future?”, *Osservatorio sul Diritto Europeo dell’immigrazione – Policy Brief*, mayo de 2017.

PALM, A.V., “The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2 de octubre de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of->

[understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/](#).

PEERS, S., “The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?”, *EU Law Analysis*, 16 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>

PEERS, S., “The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment”, *EU Law Analysis*, 18 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>.

PINYIOL, G., “Un paso atrás o un mal paso: La Declaración EU-Turquía”, *Agenda Pública*, 20 de marzo 2016, disponible en <http://agendapublica.es/un-paso-atras-o-un-mal-paso-sobre-la-declaracion-eu-turquia/>.

SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its Member States for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 30 de enero de 2018, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/a-blind-spot-in-the-migration-debate-international-responsibility-of-the-eu-and-its-member-states-for-cooperating-with-the-libyan-coastguard-and-militias/>

POLÍTICA MIGRATORIA COMÚN

ANTONUCCI, A.; PAPANICOLOPULI, I.; SCOVAZZI, T., *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

CARLIER, J-Y; LEBOEUF, L., “The X. and X. case: Humanitarian visas and the genuine enjoyment of the substance of the rights, towards a middle way?”, *EUmigrationlawblog* de 27 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/the-x-and-x-case-humanitarian-visas-and-the-genuine-enjoyment-of-the-substance-of-rights-towards-a-middle-way/>.

CARRERA, S., “The Impact of the Treaty of Lisbon over EU Policies on Migration, Asylum and Borders: The Struggles over the Ownership of the Stockholm Programme”, en GUILD, E., and MINDERHOUD, P., (eds.) *Immigration and*

Asylum Law and Policy in Europe, Volume 24 : First Decade of EU Migration and Asylum Law., Brill, Leiden, 2011, pp. 227-254.

CHOLEWINSKI, R., “The EU Acquis on Irregular Migration Ten Years On: Still Reinforcing Security at the Expense of Rights?” en GUILD, E., and MINDERHOUD, P., (eds.) *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 24 : First Decade of EU Migration and Asylum Law.*, Brill, Leiden, 2011, pp. 121-178.

FREI, N.; HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement or fighting ‘illegal migration?’”, *EU Immigration and Asylum Law Policy*, 23 de marzo de 2018, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/circumventing-non-refoulement-or-fighting-illegal-migration/>

HAILBRONNER, K.; THYM, D., *EU Immigration and Asylum Law – a commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Oxford/Múnich, 2016.

MARKARD, N., “The right to leave by sea: legal limits on EU migration control by third countries”, *European Journal of International Law*, Vol. 27-3, 2016, pp. 591-616.

MORENO-LAX, V., “Asylum Visas as an obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X,X v État belge (Part 1)”, *EUmigrationlawblog* de 16 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>.

MORENO-LAX, V., “Asylum Visas as an obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X,X v État belge (Part 2)”, *EUmigrationlawblog* de 16 de febrero de 2017, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge-part-ii/>.

SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa Fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 57, 2017, pp. 433-472.

SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “¿Héroes o villanos?: las ONG de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso Open Arms)”, *Revista General de Derecho Europeo*, Vol. 46, 2018, pp.

SPIJKERBOER, T., “The global mobility infrastructure: reconceptualising the externalisation of migration control”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 20, 2018, pp. 452-469.

OLESTI RAYO, A., “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, *Revista Catalana de Dret Públic*, Vol. 40, 2010, pp. 21-52.

POMARES, E., “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía*, N.º 7, 2014, pp. 143-174.

FUENTES DOCUMENTALES

ACNUR

ACNUR & OIM, *LGBTI Training Package – Module 2: Facilitation Guide*, 2016, (“LGBTI Module 2: Facilitation Guide”) disponible en <https://lgbti.iom.int/lgbti-training-package>.

ACNUR, *Beyond proof: credibility assessment in EU asylum systems*, 2013.

ACNUR, *Considerations on the ‘safe third country’ concept*, 1996, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3268.html>.

ACNUR, *Country of origin information: towards enhanced international cooperation*, 2004.

ACNUR, *Detention guidelines – guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012.

ACNUR, *Directrices de protección internacional núm. 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*, Documento HCR/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002.

ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, 1997.

ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional N° 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2009

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N° 4: la “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Documento HCR/GIP/03/04, de 23 de julio de 2003.

ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional núm. 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*, Documento HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002.

- ACNUR, *Directrices sobre protección internacional núm. 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*, (en adelante, “Directrices Núm. 9”), 2012.
- ACNUR, *Grecia: ACNUR y sus socios trabajan para mejorar las condiciones de vida de los solicitantes de asilo*, 9 de diciembre de 2016, disponible en <http://acnur.es/noticias/notas-de-prensa/2685-grecia-acnur-y-sus-socios-trabajan-para-mejorar-condiciones-de-vida-de-solicitantes-de-asilo>.
- ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2011, §10, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html>.
- ACNUR, *Libia: Refugiados y migrantes, cautivos de los traficantes en deplorables condiciones*, 17 de octubre de 2017.
- ACNUR, *Manual de Reasentamiento del ACNUR*, julio 2011, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/52a0797c4.html>.
- ACNUR, *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*, Documento HCR/1P/4/SPA/REV. 3, diciembre de 2011.
- ACNUR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s mandate no. 5 – processing claims based on the right to family unity*, 2016, disponible en <https://www.refworld.org/rsdproceduralstandards.html>
- ACNUR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2018Du34558 regarding claims for refugee status based on sexual orientation and gender identity*, de 26 de febrero de 2018, disponible en <https://www.refworld.org/docid/5a9d6abf4.htm>.
- ACNUR, *Summary Conclusions on the Concept of “Effective Protection” in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers*, 2002, disponible en <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f323d7/lisbon-expert-roundtable-summary-conclusions-concept-effective-protection.html>.

ACNUR, *Tendencias globales — desplazamiento forzado en 2016*, disponible en <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/tendencias-globales-2016/>.

ACNUR, *UNHCR Comments on the European Commission proposal for an asylum procedures regulation – COM(2016) 467*, 2016.

ACNUR, *Working with persons with disabilities in forced displacement*, 2019.

OTROS DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

ACNUDH, *Born free & Equal: sexual orientation and gender identity in International Human Rights Law*, Documento HR/PUB/12/06, septiembre de 2012.

ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015.

ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015.

ACNUDH, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Libia, en particular sobre la eficacia de las medidas de asistencia*

ACNUDH, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/19/41, de 17 de noviembre de 2011.

ACNUDH, *Living free and equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, 2016.

ACNUDH, *Protocolo de Estambul – manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, ONU, Nueva York/Ginebra, 2004.

ACNUDH, *Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo: República Islámica del Irán*, Documento A/HRC/WG.6/20/IRN/3, de 7 de agosto de 2014.

AG, *Informe provisional sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, presentado por Sir Nigel Rodley, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 30 de la

Resolución 55/89 de la Asamblea General, Documento A/56/156, de 3 de julio de 2001.

AG, Medidas que se han de adoptar para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia: informe sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia, preparado por el Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 51/79 de la Asamblea General, Documento A/52/471, de 16 de octubre de 1997.

AG, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Documento A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

CDH, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio de 2011.

CDH, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/27/32, de 2 de octubre de 2014.

CDH, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, documento A/HRC/20/16, de 23 de mayo de 2012.

CDH, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias, Documento A/HRC/35/23, de 6 de junio de 2017.

CDH, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Documento A/HRC/35/21, de 28 de marzo de 2018.

CDH, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica de Irán*, Documento A/HRC/25/61, de 18 de marzo de 2014, Anexo 2.

CDH, Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Documento A/HRC/41/L.10/Rev.1, 10 de julio de 2019.

CDH, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo — Informe*

del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, Documento A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008.

CDH, *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/32/2, de 15 de julio de 2016.

CDN & CTM, Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, Documentos CMW/C/GC/4 y CRC/C/GC/23, de 16 de noviembre de 2017.

ComDH, *Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de las personas con SIDA*, Resolución 1990/65, de 7 de marzo de 1990.

ComDH, *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Resolución 2000/31, de 20 de abril de 2000.

ComDH, *Human Rights and sexual orientation*, Doc. E/CN.4/2003/L.92, de 17 de abril de 2003.

ComDH, Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2001/52, de 11 de enero de 2001.

ComDH, Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de las resoluciones 1994/37 y 1994/82 de la Comisión de Derechos Humanos - Visita de los Relatores Especiales a la República de Colombia del 17 al 26 de octubre de 1994, Documento E/CN.4/1995/111, de 16 de enero de 1995.

ComDH, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1996/53, de 5 de febrero de 1996.

- ComDH, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos: Prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer, Documento E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002.
- ComDH, Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Documento E/CN.4/1997/47, de 12 de febrero de 1997.
- ComDH, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1999/68, de 10 de marzo de 1999.
- ComDH, Informe del Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sr. Param Kumaraswamy, Documento E/CN.4/1998/39, de 12 de febrero de 1998.
- ComDH, Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1994/31, de 6 de enero de 1994.
- ComDH, Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1997/38 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Resumen de los casos transmitidos a los gobiernos y respuestas recibidas, Documento E/CN.4/1998/38/Add.1, de 29 de diciembre de 1997.
- ComDH, Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1995/42, de 22 de noviembre de 1994.
- ComDH, Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Kumaraswamy, de conformidad con la resolución 2001/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2002/72, de 11 de febrero de 2002.
- ComDH, Informe presentado por el Relator Especial, Sir Nigel Rodley, en cumplimiento de la resolución 1999/32 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2000/9, de 2 de febrero de 2000.

- ComDH, Informe presentado por el Relator Especial, Sir Nigel Rodley, en cumplimiento de la resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2001/66, de 25 de enero de 2001.
- ComDH, Informe presentado por el Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, en cumplimiento de la resolución 1995/73 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1996/4, de 25 de enero de 1996.
- ComDH, Informe presentado por el Sr. Bacre Waly Ndiaye, Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de conformidad con la resolución 1997/61 de la Comisión – Adición: Situaciones por países, Documento E/CN.4/1998/68/Add.1, de 19 de diciembre de 1997.
- ComDH, Informe presentado por el Sr. Bacre Waly Ndiaye, Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de conformidad con la resolución 1997/61 de la Comisión – Adición: Misión a los Estados Unidos de América, Documento E/CN.4/1998/68/Add.3, de 22 de enero de 1998.
- ComDH, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 1998/68 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/1999/39, de 6 de enero de 1999.
- ComDH, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2000/3, de 25 de enero de 2000.
- ComDH, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 2000/31 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2001/9, de 11 de enero de 2001.
- ComDH, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución 2001/54 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2002/74, de 9 de enero de 2002.
- ComDH, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la Resolución

2002/36 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/2003/3, de 13 de enero de 2003.

CRC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados del Iraq*, Documento CRC/C/IRQ/CO/2-4, de 3 de marzo de 2015.

ECOSOC, Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Documento E/C.12/GC/22, de 2 de mayo de 2016.

EI-LGBTI, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Documento A/73/152, de 12 de julio de 2018.

EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género — “Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad”*, Documento A/HRC/35/36, de 19 de abril de 2017.

EI-LGBTI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género — “Acepta la diversidad e impulsa la humanidad”*, Documento A/72/172, de 19 de julio de 2017.

EI-LGBTI, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Documento A/HRC/38/43, de 11 de mayo de 2018.

EI-LGBTI, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Documento A/73/152, de 12 de julio de 2018.

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/JointLGBTIstatement.aspx>.

OIM, *Libya's migrant report — round 25*, mayo de 2019, disponible en www.iom.int/.

OMS, Clasificación internacional de enfermedades CIE-11, disponible en <https://icd.who.int/es/>

ONU, “Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersex”, disponible en

- ONU, Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, Documento A/CONF.2/108/Rev.1, de 26 de noviembre de 1952.
- ONU, *Acta final de las Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas*, A/CONF.2/108/Rev.1, de 25 de julio de 1951.
- ONU, *Commission on Human Rights approves measures on promotion and protection of Human Rights, other issues*, Documento HR/CN/1045, nota de prensa de Naciones Unidas de 24 de abril de 2003.
- ONU, *The Role of the United Nations in Combatting Discrimination and Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*, de 11 de abril de 2017, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNSystem.aspx>.
- ONUDD, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, Serie de Manuales de Justicia Penal, Nueva York, 2009.
- ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas de ONUSIDA*, 2015.
- SPT, *Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, documento CAT/C/57/4, 2016.
- SubComDH, *Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA*, Documento E/CN.4/Sub.2/1992/10, de 28 de julio de 1992.
- técnica y fomento de la capacidad recibidas por el Gobierno de Libia*, A/HRC/34/42, de 31 de enero de 2017.
- UNICEF, *Ayuda refugiados: cifra récord de menores no acompañados en Italia*, de 18 de octubre de 2016, disponible en <https://old.unicef.es/actualidad-documentacion/noticias/ayuda-refugiados-cifra-record-de-menores-no-acompanados-en-italia>.

UNIÓN EUROPEA

- Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia sobre exención de visados para estancias de corta duración, *DOUE* L 333, de 19 de diciembre de 2015, pp. 3-9.

- Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, *DOUE* L 78, de 24 de marzo de 2016, p. 4-10.
- Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales, *DOUE* L 134, DE 7 de mayo de 2014.
- and intersex (LGBTI) persons*, 2013, disponible en <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/137584.pdf>.
- CE, “Explanatory note on the ‘hotspot’ approach”, julio de 2015, disponible en <https://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>
- CE, *Annual Report 2016 on the List of actions to advance LGBTI equality*, 2016.
- CE, *Annual Report 2017 on the List of actions to advance LGBTI equality – Leading by example*, 2017.
- CE, *Annual Report 2018 on the List of actions to advance LGBTI equality*, 2018.
- CE, *Communication from the commission to the European Parliament, the European Council and the Council — progress report on the implementation of the European Agenda on Migration*, COM(2018) 301 final, de 16 de mayo de 2018.
- CE, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: First report on relocation and resettlement*, COM(2016) 165 final, de 16 de marzo de 2016.
- CE, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, COM(2001) 672 final, de 15 de noviembre de 2001.
- CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM(2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.
- CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015 -2020)*, COM(2015) 285 final, de 27 de mayo de 2015.
- CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea de Migración*, COM(2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

- CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración*, COM(2017) 558 final, de 27 de septiembre de 2017.
- CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo: nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración*, COM(2016) 166 final, de 16 de marzo de 2016.
- CE, *Comunicación sobre el establecimiento de un Nuevo Marco de Asociación con terceros países encuadrado en la Agenda Europea de Migración*, COM(2016) 385 final, de 7 de junio de 2016.
- CE, *European Migration Network Inform – Safe Countries of Origin*, 2018, disponible en http://emn.ie/cat_publication_detail.jsp?clog=1&itemID=3128&t=6.
- CE, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, de 6 de abril de 2016, COM(2016) 197 final.
- CE, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo — decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento*, COM(2017) 465 final, de 6 de septiembre de 2017.
- CE, *List of actions by the Commission to advance LGBTI equality*, 2015, disponible en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/list-actions-advance-lgbti-equality_en
- CE, *Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission*, 16 de julio de 2019, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_19_4230
- CE, *Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia*, COM(2015) 286 final, de 27 de mayo de 2015.
- CE, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)*, COM(2016) 465 final, de 13 de julio de 2016 (“Propuesta de Directiva de acogida”).

- CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, COM(2016) 467 final, de 13 de julio de 2016.
- CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, COM(2015) 452 final, de 9 de septiembre de 2015.
- CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) no 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, COM(2015) 450 final, de 9 de septiembre de 2015.
- CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM/2018/631 final/2, de 12 de septiembre de 2018.
- CE, Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) núm. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2016) 468 final, de 13 de julio de 2016.
- CE, Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión, de 8 de junio de 2015, sobre un programa europeo de reasentamiento, *DOUE* L 148, de 13 de junio de 2015, pp. 32-37.
- CE, Recomendación de la Comisión relativa a la mejora de las vías legales para las personas que necesitan protección internacional, *DOUE* L 259, de 7 de octubre de 2017, pp. 21-24.

CE, Recomendación de la Comisión, de 06/XI/2006, por la que se establece un “Manual Práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen)” común destinado a las autoridades competentes de los Estados Miembros encargadas del control fronterizo de personas, C (2006) 5186. Ha sido modificado en varias ocasiones por las Recomendaciones C (2008) 2976, C (2009) 7376, C (2010) 5559, C (2011) 3918, C (2012) 9330 y C (2015) 3894.

CE, Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / Polonia*, C-715/17; Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / Hungría*, C-718/17; Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2017, *Comisión Europea / República Checa*, C-719/17.

CEC, *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*, COM(96) 67 final, de 21 de febrero de 1996.

CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, 2016/C 071/09, de 10 de diciembre de 2015, *DOUE C 71*, de 24 de febrero de 2016, pp. 53-56.

Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20 000 personas claramente necesitadas de protección internacional, de 22 de julio de 2015, disponibles en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/es/pdf>.

Conclusiones del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015, disponibles en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/06/26-euco-conclusions/>.

Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

Cumbre de La Valeta, Plan de Actuación, de 11 y 12 de noviembre de 2015, disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/21839/action_plan_en.pdf.

Declaración de la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo de 23 de abril de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>

Declaración de los jefes de Estado o de Gobierno de la UE de 8 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>.

Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

Documento 14513/15 del Consejo de la Unión Europea, ASILE 20 CODEC 1653, de 1 de diciembre de 2015; Documento 14951/15 del Consejo de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015, ASILE 20 CODEC 1653.

EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2018*, 2019.

EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2014*, julio de 2015, disponible en <https://easo.europa.eu/wp-content/uploads/EASO-Annual-Report-2014.pdf>,

EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, 2019.

EASO, *Metodología para la elaboración de documentos en materia de información de países de origen*, 2012.

EASO, *Plan of the Train-the-Trainers' Sessions of the EASO Training Curriculum – 2018*, disponible en <https://www.easo.europa.eu/training>.

EASO, *Researching the situation of lesbian, gay and bisexual persons (LGB) in countries of origin*, 2015.

EEAS, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender*

FRA, *Being trans in the European Union – comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014

FRA, *Current migration situation in the EU: lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers*, 2017.

- FRA, *Homophobia, transphobia and discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, 2010.
- FRA, *LGBT Survey*, 2012, datos disponibles en <http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-data-explorer-lgbt-survey-2012>.
- FRA, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights concerning an EU common list of safe countries of origin*, Opinión 1/2016, 2016, pp. 21-22.
- GEFC, *Decision of the Executive Director, No. R-ED-2016-106, on the Complaints Mechanism*, de 6 de octubre de 2016.
- GEFC, *Frontex Fundamental Rights Strategy*, de 31 de marzo de 2011, disponible en <https://frontex.europa.eu>
- GEFC, *Fundamental rights training for border guards*, Varsovia, 2013, disponible en https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Training/Fundamental_Rights_Training_for_Border_Guards1.pdf.
- Informal meeting of EU heads of state or government on migration, 23 September 2015 - statement, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting/>.
- Joint declaration of intent on a controlled emergency procedure - voluntary commitments by member states for a predictable temporary solidarity mechanism, disponible en <http://statewatch.org/news/2019/sep/eu-relocation-deal.htm>
- ORAM, *Testing sexual orientation: A scientific and legal analysis of plethysmography in asylum & refugee status proceedings*, ORAM – Organization for Refuge, Asylum & Migration, San Francisco, 2010.
- PE, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (versión refundida) (COM(2016)0465 – C8-0323/2016 – 2016/0222(COD)), de 10 de mayo de 2017
- PE, Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (COM(2016)0467 – C8-0321/2016 – 2016/0224(COD)), de 22 de mayo de 2018.
- PE, Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el 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 y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, COM(2016)0466 – C8-0324/2016 – 2016/0223(COD), de 28 de junio de 2017.

PE, Resolución de 3 de abril de 1998 sobre las repercusiones de la ampliación de la Unión Europea en lo que respecta a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, *DOCE C 138*, de 4 de mayo de 1998, pp. 214-217.

PE, Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE, 2015/2660(RSP).

PE, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2018)0631 – C8-0406/2018 – 2018/0330A(COD)).

Programa de Estocolmo — una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *DOUE C 115*, de 4 de mayo de 2010, pp. 1-38.

Proposal for a Council Decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece — General Approach by the Council, 11132/15 ASIM 64, de 24 de julio de 2015.

Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE con Turquía, Declaración UE-Turquía, de 29 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/>

UNISYS, *Study on the Feasibility of the Creation of a European System of Border Guards to Control the External Borders of the Union — Final Report, version 3.00*, Comisión Europea, disponible en ec.europa.eu/dgs/home-affairs.

OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APF & PNUD, *Promoting and protecting Human Rights in relation to sexual orientation, gender identity and sex characteristics*, 2016

CIDH, *Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 2015.

CoE, “Open minds are needed to improve the protection of LGBTI asylum seekers in Europe”, Human Rights Comment, Commissioner for Human Rights, 2018, disponible en <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/open-minds-are-needed-to-improve-the-protection-of-lgbti-asylum-seekers-in-europe>.

CoE, *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2011.

CoE, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011.

CoE, Recommendation CM/REC(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discriminations on grounds of sexual orientation or gender identity, de 31 de marzo de 2010.

PACE, Child and teenage suicide in Europe: a serious public health issue, Resolución 1608 (2008), de 16 de abril de 2008.

PACE, Discrimination against homosexuals, Recomendación 924 (1981), de 1 de octubre de 1981.

PACE, Discrimination against homosexuals, Resolución 756 (1981), de 1 de octubre de 1981.

PACE, Turkey must restore the right to freedom of expression and assembly to LGBTI persons, Declaración Escrita núm. 650, de 9 de mayo de 2018.

PACE, Turkey must restore the right to freedom of expression and assembly to LGBTI persons, Written declaration Núm. 650, Doc. 14488, de 9 de mayo de 2018.

ONG

ACCORD, *Investigación de la información sobre países de origen — manual de formación*, edición de 2013, (en adelante, “Manual de ACCORD”) disponible en www.coi-training.net.

AI, *A year after Italy-Libya migration deal, time to release thousands trapped in misery*, 1 de febrero de 2018.

- AI, *Hotspot Italy: how EU's flagship approach leads to violations of refugee and migrant rights*, noviembre de 2016, disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/>
- AI, *La situación de los Derechos Humanos en el mundo — Informe 2016/2017*, disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/>.
- AI, *Libya: European governments complicit. in horrific abuse of refugees and migrants*, 12 de diciembre de 2017.
- AI, *Making love a crime – criminalization of same sex conduct in Sub-Saharan Africa*, Amnesty International Publications, Londres, 2013.
- AI, *The proposed EU Resettlement Framework*, 15 de diciembre de 2016, disponible en http://www.amnesty.eu/content/assets/AI_position_paper_on_EU_resettlment_framework_proposal.pdf.
- AI, *Turquía: 'Deplorable' violencia contra estudiantes que celebraban una marcha del Orgullo*, 10 de mayo de 2019, disponible en
- AIDA, *2011-2014: Temporary protection based on political discretion and improvisation — Turkey*, disponible en <http://www.asylumineurope.org/reports/country/turkey/2011-2014-temporary-protection-based-political-discretion-and-improvisation>.
- APT, *Towards the Effective Protection of LGBTI Persons Deprived of Liberty: a monitoring guide*, Asociación para la Prevención de la Tortura, Ginebra, 2018.
- CARITAS EUROPA, *The hotspot approach*, febrero de 2016, disponible en <https://www.caritas.eu/the-hotspot-approach/>
- CE, *Annual Report on Migration and Asylum 2018*, Informe de la Red Europea de Migración, 2019.
- CEAR, *Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa*, 2019.
- CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: informe 2015*, 2015, disponible en <http://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/informe-anual-de-cear/>.
- DANISH REFUGEE COUNCIL, *Fundamental rights and the hotspot approach*, octubre de 2017, disponible en https://drc.ngo/media/4051855/fundamental-rights_web.pdf.

- ECRE *et al.*, ‘*O.S. v. Switzzlerland*’. *Application no. 43987/16. Written submissions on behalf of the AIRE Centre (Advice on individual rights in Europe), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), ILGA-Europe (the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) and the International Commission of Jurists (ICJ)*, Intervención ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2017, disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/os-v-switzerland-appl-no-4398716-third-party-intervention-aire-centre-icj-ilga-europe-and>
- ECRE, “Safe countries of origin: a safe concept?”, *AIDA Legal Briefing*, Vol. 3, 2015.
- ECRE, *Accelerated, prioritised and fast-track asylum procedures – legal frameworks and practice in Europe*, 2017, disponible en https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/05/AIDA-Brief_AcceleratedProcedures.pdf
- ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation COM(2016) 466*, 2016.
- ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive COM(2016) 465*, 2016.
- ECRE, *ELENA Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Refugee Status*, 1997, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3decd1fa4.html>
- ECRE, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, 2017.
- ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe – constructed on shaky ground?*, 2017
- ECRE, *Untying the EU Resettlement Framework*, 28 de octubre de 2016, disponible en <https://www.ecre.org/policy-note-untying-the-eu-resettlement-framework/>.
- FIDH, *Joint position paper on the human rights of migrants in Libya FIDH - LFJL*, 4 de noviembre de 2017.
- HHC, *Información sobre el país de origen en el procedimiento de asilo — la calidad como requisito legal en la UE*, 2011.
- HRW, *Angola decriminalizes same-sex conduct*, 23 de enero de 2019, disponible en <https://www.hrw.org/news/2019/01/23/angola-decriminalizes-same-sex-conduct>.
- HRW, *España: Solicitantes de asilo LGBT sufren abusos en enclave del norte de África*, 2017
- HRW, *Greece: dire refugee conditions on islands*, 23 de enero de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/01/23/greece-dire-refugee-conditions-islands>.

- HRW, *Libya: End 'Horrific' Abuse of Detained Migrants*, 14 de diciembre de 2016.
- HRW, *Not safe at home – violence and discrimination against LGBT people in Jamaica*, 2014.
- HRW, *The Mediterranean Migration Crisis: Why People Flee, What the EU Should Do*, 2015, disponible en <https://www.hrw.org/report/2015/06/19/mediterranean-migration-crisis/why-people-flee-what-eu-should-do>.
- HRW, *Transgender activists fight historical mental health diagnosis – international day of solidarity marks progress, challenges*, 21 de octubre de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/10/21/transgender-activists-fight-historical-mental-health-diagnosis>
- HRW, *UAE: stop policing gender expression*, 2017, disponible en <https://www.hrw.org/news/2017/09/07/uae-stop-policing-gender-expression>
- HRW, *We Went to a US Border Detention Center for Children. What We Saw was Awful*, 24 de junio de 2019, disponible en <https://www.hrw.org/news/2019/06/24/we-went-us-border-detention-center-children-what-we-saw-was-awful>
- <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/05/turkey-appalling-violence-used-against-students-holding-pride-march/>
- IARLJ, *Judicial criteria for assessing country of origin information (COI): a checklist — paper por 7th Biennial IARLJ World Conference*, Ciudad de México, 2006.
- ICJ & AI, *Observations by Amnesty International and the International Commission of Jurists on the case X, Y and Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-199/12, C-200/12 and C-201/12) following the Opinion of Advocate General Sharpston of 11 July 2013*, 2013.
- ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”?* *The International Commission of Jurists’ observations on the judgment of the Court of Justice of the European Union in X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*, Ginebra, 2014.
- ICJ, *X, Y and Z: a glass half full for “rainbow refugees”?*, 2014, disponible en <https://www.icj.org/x-y-and-z-a-glass-half-full-for-rainbow-refugees/>
- ILGA *et al.*, *Defending the independent expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity at the 71st session of the United Nations General Assembly*, 2017, disponible en https://ilga.org/downloads/Defending_IE_SOGI_UNGA71.pdf.

- ILGA, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex People in North Macedonia covering the period of January to December 2018*, 2019.
- ILGA, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex People in Turkey covering the period of January to December 2018*, 2019.
- ILGA, *ILGA-Europe: Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*, 2012, disponible en <https://www.ein.org.uk/news/ilga-europe-statement-pending-preliminary-rulings-cjeu-regarding-alleged-persecution-ground-sex>.
- ILGA, *Protecting the rights of LGBTI asylum-seekers and refugees in the reform of the Common European Asylum System*, diciembre de 2016.
- ILGA, *Rainbow Europe – 4th Annual Review of the human rights situation of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people*, 2019.
- KIF-KIF, *Madrid inaugura su primer recurso residencial para personas refugiadas LGTBI*, 12 de abril de 2019, disponible en <https://kifkif.info/madrid-inaugura-su-primer-recurso-residencial-para-personas-refugiadas-lgtbi/>
- MEIJERS COMMITTEE, *Comments on the proposals for a Qualification Regulation (COM(2016) 466 final), Procedures Regulation (COM(2016) 467 final), and a revised Reception Conditions Directive (COM(2016) 465 final)*, 2016, disponible en <https://www.commissie-meijers.nl/>
- RUSSIAN LGBT NETWORK, *LGBT Persecution in the North Caucasus: a report*, 2017, disponible en <https://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/chechnya/powerful-new-report-russian-lgbt-network>.
- SCEP, *Separated Children in Europe Program – statement of good practice*, 2019.
- TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions*, Transgender Europe, Berlín, 2018, disponible en <https://tgeu.org/trans-healthcare-in-asylum-reception-conditions/>.

OTROS

“Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul

rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana”. Traducción en inglés elaborada por la red Odyssey http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf.

“The Yogyakarta Principles plus 10”, septiembre de 2017, disponible en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>

“Tool for Identification of Persons with Special Needs” (ISPN), disponible en <https://ipsn.easo.europa.eu/>

American Psychological Association, *Sexual Orientation & Homosexuality*, disponible en <http://www.apa.org/topics/lgbt/orientation.aspx>

CLINTON, H.R., *Secretary of State Clinton Human Rights Day Speech – Free and Equal in Dignity and Rights*, Ginebra, 6 de diciembre de 2011, disponible en <https://geneva.usmission.gov/2011/12/06/free-and-equal/>.

PEW RESEARCH CENTER, *The Global Divide on Homosexuality*, 2013, disponible en <http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>

Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, versión en español disponible en <https://yogyakartaprinciples.org/>

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A.M.E. v. The Netherlands (dec.), Núm. 51428/10, de 5 de febrero de 2015: p. 286.

Alejos Kiss v. Hungary, Núm. 38832/06, de 20 de mayo de 2010: p. 285.

B. v. France, 25 de marzo de 1992, Series A Núm. 232-C: p. 43.

Chapman v. the United Kingdom [GC], Núm. 27238/95, ECHR 2001-I: p. 285.

Cossey v. the United Kingdom, 27 de septiembre de 1990, Series A Núm. 184: pp. 43, 45.

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], Núm. 57325/00, ECHR 2007-IV: p. 285.

Dudgeon v. the United Kingdom, 22 de octubre de 1981, Series A Núm. 45: pp. 35-40, 46, 90, 113, 246, 271, 277, 278, 281.

E.S. v. Spain (dec.), núm. 13273/16, de 26 de septiembre de 2017: p. 109.

F. v. the United Kingdom (dec.), núm. 17341/03, de 22 de junio de 2004: pp. 276, 280.

H and Others v. Switzerland (dec.), Núm. 67981/16, de 7 de junio de 2018: p. 286.

Horváth and Kiss v. Hungary, núm. 11146/11, de 29 de enero de 2013: p. 285.

Identoba v. Georgia, núm. 73235/12, de 12 de mayo de 2015: p. 286.

I.I.N. v. the Netherlands (dec.), núm. 2035/04, de 9 de diciembre de 2004 : pp. 276, 278.

Jalloh v. Germany [GC], núm. 54810/00, ECHR 2006-IX: p. 264.

Kiyutin v. Russia, núm. 2700/10, ECHR 2011: p. 285.

M.C. and A.C. v. Romania, núm. 12060/12, de 12 de abril de 2016: p. 286.

M.S.S. v. Belgium and Greece, núm. 30696/09, ECHR 2011: p. 210, 285, 286, 290.

Modinos v. Cyprus, 22 de abril 1993, Series A Núm. 259: pp. 38, 39, 246, 271, 277.

Müslim v. Turkey, núm. 53566/99, §67, 26 de abril de 2005: p. 191.

Norris v. Ireland, 26 de octubre de 1988, Series A Núm. 142: pp. 37, 39, 271, 277, 278.

O.M. v. Hungary, núm. 9912/15, de 5 de julio de 2016: pp. 286, 290, 302, 303.

Oliari and others v. Italy, núm. 18766/11 y 36030/11, de 21 de julio de 2015: p. 312.

Orlandi and others v. Italy, núm. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12, de 14 de diciembre de 2017: p. 312.

P.B. & J.S v. Austria, núm. 18984/02, de 22 de julio de 2010: p. 312.

Pajić v. Croatia, 68453/13, de 23 de febrero de 2016: pp. 312, 314.

Popov v. France, núm. 39472/07 y 39747/07, de 19 de enero de 2012: p. 286.

Rees v. the United Kingdom, 17 de octubre de 1986, Series A núm. 106: pp. 43, 238.

Saadi v. the United Kingdom [GC], Núm. 13229/03, ECHR 2008: p. 301.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, núm. 33290/96, ECHR 1999-IX: pp. 41, 314.

Schalk and Kopf v. Austria, núm. 30141/04, ECHR 2010: p. 312.

Sharifi et autres c. Italie et Grèce, núm. 16643/09, de 21 de octubre de 2014 : p. 284.

Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, 30 de julio de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V: p. 44.

Soares de Melo v. Portugal, núm. 72850/14, 16 de febrero de 2016: p. 264.

Suso Musa v. Malta, núm. 42337/12, de 23 de julio de 2013: p. 301.

Sutherland v. the United Kingdom (striking out) [GC], núm. 25186/94, 22 de marzo de 2001: pp. 40, 41, 46, 241, 281.

Tarakhel v. Switzerland [GC], núm. 29217/12, ECHR 2014: p. 286.

Toomey v. United Kingdom (dec.), núm. 37231/97, 14 de septiembre de 1999: p. 267.

V.C. v. Slovakia, núm. 18968/07, ECHR 2011: pp. 264, 285.

Vallianatos and others v. Greece, núm. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013: pp. 312, 314.

Van Oosterwijck v. Belgium, 6 de noviembre 1980, Series A núm. 40: pp. 42, 43.

X v. Sweden, núm. 36417/16, 9 de enero de 2018: p. 192.

X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 de abril de 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II: p. 44.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. contra S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170: pp. 236-241.

Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd*, C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63: pp. 239-241.

Sentencia de 25 de enero de 2018, *F contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36: pp. 50, 269.

Sentencia de 9 de febrero de 1982, 12/81, *Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited*, ECLI:EU:C:1982:44: p. 240.

Sentencia de 2 de diciembre de 2010, *A y otros contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406: pp. 257-262, 264, 265, 268, 269, 271, 272, 273, 276, 317.

Sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contra X e Y y Z contra Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 a 201/12, ECLI:EU:C:2013:720: pp. 252-256, 259, 271, 275, 276, 279, 281-284, 318.

Sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento/Consejo*, C-355, ECLI:EU:C:2012:516: p. 187.

Sentencia de 22 de noviembre de 2012, *M. contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros*, C-277/11, EU:C:2012:744: p. 263.

Sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, C-71/11 y C-99/11, ECLI:EU:C:2012:518: pp. 281, 282.

Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Bahtiyar Fathi contra Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, C-56/17, ECLI:EU:C:2018:803: pp. 283, 284.

Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi y Dler Jamal contra Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, ECLI:EU:C:2010:105: p. 282.

Sentencia de 17 de junio de 2010, *Nawras Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351: p. 282.

Sentencia de 13 de septiembre de 2018, *Shajin Ahmed contra Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-369/17, ECLI:EU:C:2018:713: p. 283.

Sentencia de 26 de abril de 2017, *Costin Popescu contra Guvernul României y otros*, C-632/15, ECLI:EU:C:2017:303: p. 311.

Sentencia de 17 de marzo de 2016, *Kødbranchens Fællesråd*, C-112/15, EU:C:2016:185: p. 311.

Sentencia de 28 de julio de 2016, *Città Metropolitana di Bari, anteriormente Provincia di Bari, contra Edilizia Mastrodonato Srl.*, C-147/15, ECLI:EU:C:2016:606: p. 311.

Sentencia de 10 de diciembre de 2015, *Florin Lazar contra Allianz SpA*, C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802: p. 313.

Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774: p. 313.

Sentencia de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd/ BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, C-24/16 y C-25/16 ECLI:EU:C:2017:724: p. 313.

Sentencia de 25 de julio de 2008, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449: p. 313.

Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y 647/15, ECLI:EU:C:2017:631: p. 202.

Sentencia de 27 de febrero de 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contra Selver Saciri y otros*, C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103: p. 208.

Sentencia de 27 de septiembre de 2012, *Cimade & Gisti contra Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594: p. 208.

Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865: pp. 210, 224.

Sentencia de 16 de febrero de 2017, *C.K., H.F., A.S. contra Republika Slovenija*, C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127: p. 211.

Sentencia de 10 de abril de 2012, *Proceso penal contra Minh Khoa Vo*, C- 83/12, ECLI:EU:C:2012:202: p. 219.

Sentencia de 7 de marzo de 2017, *X y X contra État belge*, C-638/16 (PPU), ECLI:EU:C:2017:173: pp. 219-228.

Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862: p. 221, 223, 224.

Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105: p. 223.

Sentencia de 30 de abril de 2014, *Robert Pflieger y otros*, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281: p. 223.

Sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385: pp. 312, 313.

Auto de 28 de febrero de 2017, *NF/Consejo Europeo*, T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128: p. 160.

Auto de 28 de febrero de 2017, *NG/Consejo Europeo*, T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129: p. 160.

Auto de 28 de febrero de 2017, *NM/Consejo Europeo*, T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130: p. 160.

TRIBUNALES Y ÓRGANOS NACIONALES

Australia, Administrative Appeals Tribunal, *1415903 (Refugee) [2015]*, AATA 3601, de 27 de octubre de 2015: p. 102.

Australia, Federal Court, *Applicant LSLs v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, FCA 211, de 6 de marzo de 2000: p. 116.

Australia, Federal Court, *Wabr v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, FCAFC 124, de 10 de mayo de 2002: p. 115.

Australia, High Court, *Applicant A v Minister for Immigration & Ethnic Affairs [1997]*, HCA 4, de 24 de febrero de 1997: pp. 140, 145.

Australia, High Court, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, HCA 71, de 9 de diciembre de 2003: pp. 116, 117, 141.

Australia, High Court, *Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2004] HCA 25, de 27 de mayo de 2004: p. 141.

Australia, Refugee Review Tribunal, *0902671 [2009]*, RRTA 1053, de 19 de noviembre de 2009: p. 114.

Bélgica, Conseil du Contentieux des Etrangers, *Affaire 212755/I*, arrêt n° 220190, de 24 de abril de 2019: p. 102.

Botsuana, High Court, *Letsweletse Motshidiemang vs Attorney General*, MAHGB-000591-16, de 11 de junio de 2019: p. 84.

Canadá, Federal Court, *Janet Graciela Guerrero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 860, de 8 de julio de 2011: p. 124.

Canadá, Immigration and Refugee Board, *Jorge Alberto Inaudi*, T91-04459, de 9 de abril de 1992: p. 145.

Canadá, Supreme Court, *Patrick Francis Ward v. Attorney General of Canada* [1993], 2 S.C.R. 689, de 30 de junio de 1993: p. 145.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 294/1997, de 18 de diciembre de 1998: p. 200.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 395/1997, de 6 de noviembre de 1998: p. 200.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 613/1997, de 29 de septiembre de 1998: p. 200.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 1399/2007, de 19 de diciembre de 2008: p. 100.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 214/2018, 5 de febrero de 2019: p. 263.

España, Audiencia Nacional, Sentencia sobre el recurso núm. 55/2018, 18 de marzo de 2019: p. 260.

España, Tribunal Supremo, STS 6142/2008, de 28 de noviembre de 2008, p. 276.

España, Tribunal Supremo, STS 2742/2011, de 27 de marzo de 2012: p. 101.

Estados Unidos, Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta in deportation proceedings A-24159781*, Interim Decision #2986, de 1 de marzo de 1985: p. 139, 140, 144, 145.

Estados Unidos, Board of Immigration Appeals, *Matter of Toboso-Alfonso in exclusion proceedings A-23220644*, Interim Decision #3222, de 12 de marzo de 1990: p. 145.

Estados Unidos, United States Court of Appeals 9th Circuit, *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, 95-70887, de 24 de junio de 1997: p. 147.

Estados Unidos, United States Court of Appeals 9th Circuit, *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, 02-72651, de 7 de marzo de 2005: p. 145.

Estados Unidos, United States Court of Appeals 9th Circuit, *Rafael Castro-Martinez, petitioner, v. Eric H. Holder Jr., Attorney General, respondent*, 08-70343, de 5 de diciembre de 2011: p. 126.

Estados Unidos, United States Court of Appeals 9th Circuit, *Dennis Quiambao Vitug, petitioner, v. Eric H. Holder Jr., Attorney General, respondent*, 07-74754, 08-71038 y 08-72088, de 24 de julio de 2013: p. 125.

Estados Unidos, United States Court of Appeals 9th Circuit, *Carlos Alberto Bringas-Rodriguez, aka Patricio Iron-Rodriguez, petitioner, v. Jefferson B. Sessions III, Attorney General, respondent*, 13-72682, de 8 de marzo de 2017: pp. 126, 147, 148.

India, Supreme Court of India, *National Legal Service Authority v. Union of India and others*, writ. petition no. 400 of 2012, 15 de abril de 2014: p. 50.

India, Supreme Court of India, *Suresh Kumar Koushal and another v. NAZ Foundation and others*, C. app. No. 10972 of 2013, 11 de diciembre de 2013: p. 50.

India, Supreme Court of India, *Navtej Singh Johar & others v. Union of India, Thr. Secretary and Ministry of Law and Justice*, Writ. Petition (criminal) no. 76 of 2016, 6 de septiembre de 2018: p. 50.

Irlanda, High Court, *P.M. v. Refugee Appeals Tribunal and the Minister of Justice, Equality and Law Reform, the Attorney General and Ireland*, [2014] IEHC 497, de 2 de octubre de 2014: p. 102.

Italia, Corte di Cassazione, 15981/2012, de 20 de septiembre de 2012: p. 275.

Italia, Corte di Cassazione, 13282/2018, de 17 de mayo de 2019: p. 283.

Nueva Zelanda, Refugee Status Appeal Authority, *Re GJ*, 1312/93, de 30 de agosto de 1995: p. 145.

Nueva Zelanda, Immigration and Protection Tribunal, *AT (Zimbabwe)*, [2015] NZIPT 800798, de 21 de diciembre de 2015: p. 101.

Países Bajos, Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (División Judicial del Consejo de Estado), no. A-2.1113, de 13 de agosto de 1981: p. 145.

Países Bajos, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (División Judicial del Consejo de Estado), no. 200305027/1, de 3 de octubre de 2003: p. 92.

Reino Unido, Court of Appeal (England and Wales), *NR (Jamaica) v SSHD*, Case No: C5/2009/0913, de 5 de agosto de 2009: p. 102.

Reino Unido, House of Lords, *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, UKHL 37 [2000], de 6 de julio de 2000: pp. 123, 124.

Reino Unido, Immigration Appeal Tribunal, Reino Unido, *Vraciu v SSDH*, IAT Appeal 11559, de 26 de octubre de 1994, p. 146.

Reino Unido, Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 31, de 7 de julio de 2010: pp. 117-121, 146.

Reino Unido, Supreme Court, *R (on the application of Jamar Brown (Jamaica)) (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, [2013] EWCA Civ 666, de 4 de marzo de 2015: p. 297.

Suiza, Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), *T. v. Bundesamt für Migration*, C-2107/2010, de 18 de enero de 2011: p. 116.

OTROS

CtDH, Comunicación núm. 488/1992, *Toonen v. Australia*, Documento CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), de 31 de marzo de 1994: pp. 39, 40, 41, 46, 48, 56, 113, 241.

CCT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (Egipto)*, Documento CAT/C/CR/29/4, de 23 de diciembre de 2002: p. 113.

CIJ, *Caso relativo a la plataforma continental del Mar Egeo, (Grecia contra Turquía)*, Fallo, ICJ Reports 1978, p. 3: p. 159.

CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)*, Fallo sobre el fondo, ICJ Reports 2001, p. 40: p. 159.

CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún contra Nigeria: Guinea Ecuatorial interviene)*, Fallo sobre el fondo, ICJ Reports 2002, p. 303: p. 160.

ANEXO

Ejemplo de informe de la herramienta IPSN de la EASO

Referencia al archivo:

La herramienta de la EASO para la identificación de personas con necesidades especiales (IPSN), de acceso público, es un instrumento de ayuda a los profesionales que trabajan a diario con solicitantes de protección internacional. Se ha desarrollado con la colaboración de los Estados miembros, la EASO, la Comisión Europea y una serie de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. El informe se genera por medio del uso de la herramienta con arreglo a la opinión y la evaluación del usuario sobre la base de los posibles indicadores de necesidades especiales detectados. No se considera que tenga un carácter exhaustivo ni que pueda sustituir a la opinión de un especialista. La EASO no asume responsabilidad alguna por el resultado individual que ofrezca la herramienta (<https://ipsn.easo.europa.eu>)

Identificación

Indicadores marcados::

Notas en relación con la identificación:

Categorías aplicables:

LGBTI

Acerca de esta categoría

LGBTI son las siglas que se utilizan para referirse a [lesbianas](#), [gays](#), [bisexuales](#), [trans](#) e [intersexuales](#).

Se entiende por «**orientación sexual**/identidad sexual» la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Puede considerarse que abarca un espectro continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva, en un extremo, y la homosexualidad exclusiva, en el otro, con la bisexualidad en la parte central.

La **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (incluida, si así se elige, la modificación del aspecto físico o las funciones biológicas por medios médicos, quirúrgicos o de otra clase) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

«**Lesbiana**» se refiere a una mujer que tiene la capacidad de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por otras mujeres, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas.

«**Gay**» se refiere a un hombre que tiene la capacidad de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por otros hombres, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con estos.

«**Bisexual**» describe a una persona que siente atracción física, romántica y/o emocional tanto por hombres como por mujeres.

«**Trans**» es un término general que hace referencia a personas con una identidad de género y/o expresión de género diferentes de las asociadas habitualmente al sexo asignado en el momento del nacimiento. Las personas trans pueden expresar su identidad de género mediante la elección de atuendo, presentación o modificaciones corporales, incluidos los procedimientos quirúrgicos.

«**Intersexual**» se refiere a una condición en la que una persona que nace con una anatomía reproductiva o sexual o un patrón cromosómico que no encaja con las nociones biológicas ordinarias de la masculinidad o la femineidad. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o mujer, mientras que su orientación sexual puede ser lesbiana, gay, bisexual o heterosexual.

Los términos «lesbiana», «gay», «bisexual», «trans» e «intersexual» tienen una base cultural y, en consecuencia, no puede suponerse que se entiendan de igual manera en todas las culturas. Son términos que no necesariamente conozca el solicitante y con los que tal vez no se identifique.

Además, es importante tener presente que algunas personas LGBTI pueden proceder de países en los que su orientación sexual o identidad de género es motivo de vergüenza, humillación o estigmatización. Tal vez no sea normal para ellos hablar sobre cuestiones como la orientación sexual o la identidad de género. Tener que hacerlo en un contexto formal, como es el de la entrevista del procedimiento de asilo, puede resultar desalentador, y es un aspecto que ha de tenerse en cuenta al debatir cuestiones sobre LGBTI con los solicitantes.

Reconocer que se es LGBTI varía ampliamente en función de la personalidad, la cultura y otros factores de la persona en cuestión. Además, el momento en que una persona es consciente de su orientación sexual puede producirse a prácticamente cualquier edad desde la infancia temprana a la edad adulta tardía. Se debe facilitar a las personas un espacio en el que puedan revelar con libertad, tan pronto como sea posible para ellos, y si así lo desean (si no es pertinente para la solicitud de asilo), su orientación sexual o identidad de género.

Lo habitual es que una persona LGBTI cuya condición forma parte de su solicitud de protección internacional lo declare por sí misma. En caso contrario, tal vez haya también indicadores del entorno que puedan tenerse en cuenta. Por ejemplo, en algunos entornos de acogida puede suceder que un solicitante sea objeto de acoso u objetivo de agresión por parte de otros usuarios de los servicios de acogida, y es un aspecto que es necesario investigar con detenimiento. Hay también determinados indicadores físicos y psicosociales que, aunque por sí mismos no son indicio de que alguien pertenezca al colectivo de LGBTI, pueden estar presentes si la persona en cuestión está luchando para asumir su identidad o con el trato que recibe de otras personas.

El funcionario debería examinar las posibles interrelaciones importantes con las categorías siguientes: personas con necesidades especiales relacionadas con el género, personas que han sido víctimas de violación y personas que hayan padecido otras formas graves de [violencia sexual](#), psicológica o física.

Los funcionarios que trabajan con personas LGBTI deben tener el grado necesario de sensibilización, conocimientos y capacidades para tener en cuenta las necesidades especiales del niño. El objeto de esta herramienta es servir de ayuda en el trabajo realizado a diario con solicitantes individuales, aunque no sustituye las necesidades de formación esencial y especializada.

Indicadores de necesidades especiales

- Identidad de género y orientación sexual
 - lesbiana
 - gay
 - bisexual
 - trans
 - intersexual
- Indicadores físicos
 - Salud sexual y reproductiva
 - enfermedades de transmisión sexual
 - lesiones de carácter sexual

- Indicadores psicosociales
 - Aspecto y comportamiento
 - cambios importantes en el apetito y/o pérdida o aumento de peso evidentes
 - comportamientos arriesgados
 - tendencias autodestructivas
 - Actitud, estado de ánimo y afecto
 - cambios de estado de ánimo (variaciones rápidas o drásticas en las sensaciones)
 - apatía
 - pensamientos de muerte y suicidio
 - Proceso de los pensamientos
 - alteraciones del sueño
 - Percepción de uno mismo
 - sentimiento de culpa
 - sentimiento de vergüenza
 - imagen personal dañada:
 - Relaciones con los demás
 - aislamiento
 - tendencia a evitar a otras personas con los mismos antecedentes culturales
 - tendencia a evitar la interacción con personas del mismo sexo
 - disfunciones y problemas familiares
- Indicadores en relación con el entorno
 - Trato por parte de otras personas
 - acoso a la persona
 - evitar a los miembros de la misma cultura
 - aislamiento por parte de la familia u otros grupos cercanos

Posibles pruebas relacionadas con las necesidades especiales

Como pruebas pertinentes para la identificación de personas LGBTI cabe citar las siguientes:

Declaraciones:

- **Declaraciones realizadas por el solicitante:** la propia declaración por parte del solicitante constituirá la prueba principal.
- **Declaraciones realizadas por otra persona:** los testimonios de familiares, amigos, parejas y exparejas pueden ser pertinentes.

Referencias aportadas por terceros: otros agentes que hayan estado en contacto con el solicitante pueden facilitar información sobre las necesidades especiales identificadas. Por ejemplo, información proporcionada por el centro de internamiento.

Observación: el funcionario responsable debe tener cuidado de no basarse en sus observaciones y esperar que una persona con una identidad de género u orientación sexual específicas tenga un aspecto o un comportamiento determinados.

Informe psicosocial: el solicitante puede haber sido atendido por un psicólogo o un trabajador social y presentar un informe psicosocial.

Pruebas médicas: puede aportarlas el solicitante en relación con la reasignación de género o la condición de intergénero.

Otras pruebas: la práctica nacional tal vez acepte otro tipo de pruebas (p. ej., fotografías, material audiovisual, informes de los medios de comunicación/redes sociales, etc.) de material no explícito sexualmente. No obstante, no se aceptan los materiales explícitos. ([sentencia del TJUE en relación con el asunto A, B, C contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie](#))

Información sobre los países origen: el funcionario responsable debe tener en cuenta la información pertinente y específica sobre el país de origen de que se trate.

Al recopilar información, el funcionario debe respetar el [principio de confidencialidad](#) y exigir un consentimiento informado al solicitante, si procede.

Si el funcionario responsable desea unas directrices más completas sobre cómo evaluar pruebas en relación con el marco del procedimiento de asilo, puede consultar la [EASO Practical Guide: Evidence Assessment](#) (Guía práctica de la EASO: evaluación de pruebas).

Garantías procedimentales especiales/medidas de ayuda durante la acogida:

Primer contacto - formulación de una solicitud

La sección con este título se refiere a la prestación de condiciones de acogida, incluido el acceso a un alojamiento apropiado, atención sanitaria, servicios de apoyo psicológico y de otra índole pertinentes para las necesidades especiales del solicitante.

Suele ser en el contexto de la acogida donde las necesidades especiales del solicitante se identifican con mayor facilidad. Cuando proceda, debe garantizarse que la identificación y la evaluación de las necesidades especiales realizadas durante la acogida se comuniquen a las autoridades responsables del procedimiento de asilo.

Remita al solicitante a los servicios jurídicos, si se facilitan.

Si lo contempla la práctica nacional, el funcionario responsable podrá tener que remitir al solicitante a servicios jurídicos gratuitos.

Debe tenerse en cuenta el sexo de las personas que intervienen en el procedimiento.

Si lo permite la práctica nacional, tenga en cuenta el sexo del solicitante y/o la preferencia del solicitante en relación con el sexo del funcionario responsable y el intérprete que se asignarán al caso.

Facilite información sobre la asistencia disponible.

El funcionario responsable puede facilitar al solicitante información sobre la disponibilidad de dicha asistencia.

Puede haber grupos de apoyo pertinentes que cubran el espectro de las personas LGBTI en el contexto de la inmigración/el asilo.

Registre y comunique los indicadores de necesidades especiales detectados.

Es importante registrar los indicadores con el fin de garantizar que las necesidades especiales del solicitante se tienen en cuenta a lo largo de todo el procedimiento, tanto en relación con las medidas de ayuda durante la acogida como con el acceso a garantías procedimentales. En esta fase, el funcionario podría recopilar pruebas y registrar indicadores fácilmente detectables de necesidades especiales diferentes. Tales indicadores deben comunicarse a otras partes interesadas pertinentes, según disponga la práctica nacional.

Las partes interesadas que participan en la acogida y el alojamiento de los solicitantes de protección internacional, y las responsables de evaluar y ocuparse de las necesidades de estos, deben recibir información sobre

Notas relativas a la ayuda necesaria o prestada::

cualquier indicador de necesidades especiales, para garantizar que se atienden.

Los responsables de examinar la solicitud de protección internacional deben ser informados de los respectivos indicadores o necesidades especiales detectadas a fin de tenerlas en cuenta y poder garantizar que se aplican garantías procedimentales especiales durante el procedimiento de asilo.

Tenga presente el principio de [confidencialidad](#).

Remita al solicitante al centro de acogida adecuado.

Para más información, consulte el apartado «Medidas de ayuda durante la acogida» y la práctica nacional.

Para garantizar que se satisfacen las necesidades de alojamiento del solicitante, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y en especial los aspectos de seguridad, este debe ser remitido a un centro adecuado.

Medidas de ayuda durante la acogida

La sección con este título se refiere a la prestación de condiciones de acogida, incluido el acceso a un alojamiento apropiado, atención sanitaria, servicios de apoyo psicológico y de otra índole pertinentes para las necesidades especiales del solicitante.

Suele ser en el contexto de la acogida donde las necesidades especiales del solicitante se identifican con mayor facilidad. Cuando proceda, debe garantizarse que la identificación y la evaluación de las necesidades especiales realizadas durante la acogida se comuniquen a las autoridades responsables del procedimiento de asilo.

Facilite información sobre la asistencia disponible.

Hay otras entidades que pueden prestar asistencia adicional, como las organizaciones no gubernamentales, las instituciones de beneficencia o los grupos comunitarios.

El funcionario responsable puede facilitar al solicitante información sobre tal asistencia disponible.

Puede haber grupos de apoyo pertinentes que cubran el espectro de las personas LGBTI en el contexto de la inmigración/el asilo.

Registre y comunique los indicadores de necesidades especiales detectados.

Es importante registrar los indicadores con el fin de garantizar que las necesidades especiales del solicitante se tienen en cuenta durante todo el procedimiento, tanto en relación con las medidas de ayuda durante la acogida como con el acceso a garantías procedimentales. En esta fase, el funcionario tal vez pueda recopilar pruebas y registrar indicadores de necesidades especiales diferentes.

Tales indicadores deben comunicarse a otras partes interesadas pertinentes, según disponga la práctica nacional.

Las otras partes interesadas que participan en la acogida y el alojamiento de los solicitantes de protección internacional, y las responsables de evaluar y ocuparse de las necesidades de estos, deben recibir información sobre cualquier indicador de necesidades especiales, para garantizar que estas se atienden.

Los responsables de examinar la solicitud de protección internacional deben ser informados de los respectivos indicadores o necesidades especiales detectadas para tenerlas en cuenta y poder garantizar que se aplican garantías procedimentales especiales durante el procedimiento de asilo.

Tenga presente el principio de [confidencialidad](#).

Asegúrese de que se supervisan periódicamente las necesidades del solicitante.

Es importante que se realice un control regular de las necesidades del solicitante, para garantizar que se abordan en consecuencia, dado que pueden cambiar en el curso del procedimiento [\[artículo 22, apartado 1, de la DCA \(refundida\)\]](#).

El internamiento solo se aplica en circunstancias excepcionales.

Únicamente se internará a los menores cuando se demuestre necesario sobre la base de una evaluación individual y ante la imposibilidad de aplicar eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas. En el caso de personas con necesidades especiales, la decisión de internamiento debe tener en cuenta también que estas deben atenderse. Su salud, incluida la salud psíquica, deberá ser una prioridad de las autoridades nacionales [\[artículo 11, apartado 1, de la DCA \(refundida\)\]](#).

Remita al solicitante a los servicios de ayuda pertinentes.

El solicitante puede estar teniendo dificultad para aceptar su identidad y para hacer frente al aislamiento al que le someten los miembros de su familia o de su comunidad, y tal vez necesite el apoyo psicosocial apropiado.

Asegúrese de que tiene acceso a atención sanitaria.

La atención sanitaria en relación con las necesidades especiales del solicitante debe prestarse de conformidad con la práctica nacional. Los Estados miembros proporcionarán la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes con necesidades de acogida particulares, incluida una atención sanitaria psíquica adecuada, cuando sea preciso [\[artículo 19, apartado 2, de la DCA \(refundida\)\]](#).

Asegúrese de que el centro de acogida cumpla las necesidades especiales del solicitante.

El funcionario responsable ha de garantizar que las necesidades de alojamiento del solicitante se abordan teniendo en cuenta su género y sus circunstancias personales y, en especial, los aspectos relativos a la seguridad [\[artículo 18, apartado 4, de la DCA \(refundida\)\]](#).

Presentación de la solicitud

Los Estados miembros garantizarán que una persona que haya formulado una solicitud de protección internacional tenga efectivamente la oportunidad de presentarla tan pronto como sea posible. La presentación de la solicitud es el inicio formal del procedimiento de asilo.

Facilite información sobre la asistencia disponible.

Hay otras entidades que pueden prestar asistencia adicional, como las organizaciones no gubernamentales, las instituciones de beneficencia o los grupos comunitarios.

El funcionario responsable puede facilitar al solicitante información sobre tal asistencia disponible.

Puede haber grupos de apoyo pertinentes que cubran el espectro de las personas LGBTI en el contexto de la inmigración/el asilo.

Debe tenerse en cuenta el sexo de las personas que intervienen en el procedimiento.

Si lo permite la práctica nacional, tenga en cuenta el sexo del solicitante y/o el sexo que prefiere que tengan el funcionario responsable y el intérprete que se asignarán al caso.

Remita al solicitante al centro de acogida adecuado.

Para más información, consulte el apartado «Medidas de ayuda durante la acogida» y la práctica nacional.

Para garantizar que se satisfacen las necesidades de alojamiento del solicitante, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y en especial los aspectos de seguridad, este debe ser remitido a un centro adecuado.

Registre y comunique los indicadores de necesidades especiales detectados.

Es importante registrar los indicadores con el fin de garantizar que las necesidades especiales del solicitante se tienen en cuenta a lo largo de todo el procedimiento, tanto en relación con las medidas de ayuda durante la acogida como con el acceso a garantías procedimentales. En esta fase, el funcionario tal vez pueda recopilar pruebas y registrar indicadores fácilmente detectables de necesidades especiales diferentes.

Tales indicadores deben comunicarse a otras partes interesadas pertinentes, según disponga la práctica nacional.

Las partes interesadas que participan en la acogida y el alojamiento de los solicitantes de protección internacional, y las responsables de evaluar y ocuparse de las necesidades de estos, deben recibir información sobre cualquier indicador de necesidades especiales, para garantizar que estas se atienden.

Las partes responsables de examinar la solicitud de protección internacional deben ser informadas de los respectivos indicadores o necesidades especiales detectadas para tenerlas en cuenta y poder garantizar que se aplican garantías procedimentales especiales durante el procedimiento de asilo.

Tenga presente el principio de [confidencialidad](#).

Plantéese la prestación de apoyo logístico para facilitar las siguientes fases del procedimiento.

Para que el solicitante tenga acceso efectivo a las siguientes fases del procedimiento de asilo puede ser necesaria la prestación de apoyo logístico (por ejemplo, transporte o tomar medidas para que la solicitud se presente en un lugar diferente). Remítase a la práctica nacional.

Plantéese no aplicar el procedimiento fronterizo/acelerado.

Los procedimientos fronterizo y acelerado no deben utilizarse, salvo que se pueda prestar la ayuda adecuada en relación con las necesidades especiales del solicitante en el marco de tales procedimientos [\[artículo 24, apartado 3, de la DPA \(refundida\)\]](#).

Asigne al caso a un funcionario con debidamente formado.

El sistema nacional puede contemplar que haya funcionarios especializados en tratar con casos de orientación sexual o identidad de género. Aunque para las peticiones formuladas por miembros de los colectivos de LGBTI puede no haber funcionarios especializados, al abordar la reasignación de género, por ejemplo, puede haber leyes nacionales que deban aplicarse en relación con la identidad y la revelación de información que el funcionario necesitará conocer. Remítase a la práctica nacional.

Contemple la realización de ajustes de procedimiento.

De acuerdo con la práctica nacional y las circunstancias individuales del solicitante, se puede dar prioridad al examen de una solicitud [\[artículo 31, apartado 7, letra b\), de la DPA \(refundida\)\]](#) o ampliar el plazo de la misma.

Remita al solicitante a los servicios jurídicos, si se facilitan.

Si lo contempla la práctica nacional, el funcionario responsable puede tener que remitir al solicitante a servicios jurídicos gratuitos.

Debe tenerse en cuenta el sexo de las personas que intervienen en el procedimiento.

Si lo permite la práctica nacional ha de tenerse en cuenta el sexo del solicitante y sus preferencias al asignar a un intérprete.

Si procede, informe al intérprete sobre los aspectos delicados de la entrevista.

Si el funcionario responsable lo considera apropiado y si lo contempla la práctica nacional, se informará al intérprete por adelantado de las necesidades especiales del solicitante.

El funcionario puede establecer junto con el intérprete la terminología utilizada en la lengua del solicitante para referirse a las definiciones de LGBTI.

Organice los aspectos logísticos adecuados.

Las medidas pueden incluir, por ejemplo, las siguientes:

Organice la sala de modo que puedan asistir otras personas: es importante garantizar que la sala sea suficientemente grande como para acomodar a las personas que se espera que estén presentes en la entrevista.

Transporte: considere la posibilidad de ofrecer apoyo logístico para facilitar el transporte del solicitante a la entrevista, de conformidad con la práctica nacional.

En general, la logística de la entrevista para las personas pertenecientes al colectivo de LGBTI no será diferente de la aplicada en caso de personas con necesidades especiales. No obstante, la organización logística necesaria se examinará en cada caso, en función de sus propias circunstancias.

Considere la conveniencia de organizar/permitir la presencia de una persona de apoyo complementaria.

Si procede, garantice que la persona de apoyo está informada de la función que le corresponde en la entrevista.

Con arreglo a la práctica nacional, durante la entrevista el solicitante puede recibir asistencia de una persona de apoyo adicional, como un asistente social, un profesional sanitario, un psicólogo, etc. Asimismo, se puede permitir la presencia de familiares o amigos, en función de la práctica nacional y de una evaluación individual de las necesidades del solicitante.

Asegúrese de que la entrevista finaliza con un asunto neutral.

El funcionario responsable no debe permitir que el solicitante abandone la sala de entrevista en un estado de agitación. La conclusión de la entrevista con una cuestión neutral puede ayudar al solicitante a reajustarse al momento presente (p. ej., después de haber hablado de acontecimientos pasados difíciles).

Asegúrese de que las terceras personas presentes en la entrevista actúen conforme a su función.

Cualquier otra persona que esté presente como apoyo para el solicitante debe haber sido informada, con anterioridad a la entrevista, de que no puede responder preguntas en nombre del solicitante ni interrumpir la entrevista.

En la mayoría de los casos, la función de la persona de apoyo se limitará a prestar ayuda moral al solicitante.

Garantice el bienestar del solicitante durante la entrevista.

El funcionario debe garantizar que las necesidades del solicitante se atienden en la medida suficiente, mediante, por ejemplo, pausas adicionales o la provisión de refrescos.

Realice la entrevista teniendo en cuenta las necesidades especiales del solicitante.

La entrevista debe ser un diálogo entre el funcionario responsable y el solicitante, y es importante que haya entendimiento y una buena relación entre ambos.

El estilo de comunicación debe ser empático, con utilización de herramientas que contribuyan a aumentar la calidad y la fiabilidad de las declaraciones del solicitante. El estilo de comunicación ha de tener en cuenta también los factores relacionados con la cultura y el género del solicitante.

Tal vez el solicitante proceda de un país en el que las cuestiones de identidad de género u orientación sexual sean un tabú, de modo que le resultará difícil hablar en general sobre ellas, incluso cuando no se refiera en concreto al elemento de persecución de su solicitud de protección internacional.

El funcionario responsable no debe formular preguntas explícitas sobre el modo en que los solicitantes viven su orientación sexual.

[\(TEDH, asunto A, B y C contra Irlanda, sentencia de 16 de diciembre de 2010 relativa a la solicitud nº 25579/05\)](#)

En caso de que el solicitante no parezca estar en condiciones de realizar la entrevista, considere la conveniencia de posponerla/precindir de la entrevista.

Si el solicitante no parece ser apto para una entrevista, el funcionario responsable debe considerar la conveniencia de prescindir de ella. Las acciones posteriores han de tomarse con arreglo a la práctica nacional.

Cuando no se realice una entrevista personal, el funcionario debe hacer cuanto esté razonablemente en su mano para permitir que el solicitante facilite más información.

Explique la situación de la entrevista.

Facilite información sobre la finalidad de la entrevista, el papel de cada uno de los presentes y otro tipo de información relativa a la situación de la entrevista.

La información debe facilitarse teniendo en cuenta los factores relacionados con la cultura y el género del solicitante, y de manera que este la entienda.

Estas medidas debe adoptarlas el funcionario responsable en todas las entrevistas, pero en el caso de solicitantes con necesidades especiales, es preciso garantizar que entiendan el marco de la entrevista y que se sientan cómodos en esa situación.

Insista en el principio de confidencialidad.

El principio de [confidencialidad](#) ha de explicarse a todos los solicitantes. No obstante, algunos pueden necesitar mayores garantías en este sentido. Si es preciso, reitere que la información que se comparte durante la entrevista es confidencial.

Plantéese no aplicar el procedimiento fronterizo/acelerado.

Los procedimientos fronterizo y acelerado no deben utilizarse, salvo que se pueda prestar el apoyo adecuado en relación con las necesidades especiales del solicitante en el marco de tales procedimientos [\[artículo 24, apartado 3, de la DPA \(refundida\)\]](#).

Contemple la realización de ajustes en el procedimiento.

De acuerdo con la práctica nacional y las circunstancias individuales del solicitante, se puede dar prioridad al examen de una solicitud [\[artículo 31, apartado 7, letra b\), de la DPA \(refundida\)\]](#) o ampliar el plazo de la misma.

Registre y comunique los indicadores de necesidades especiales detectados.

Es importante registrar los indicadores con el fin de garantizar que las necesidades especiales del solicitante se tienen en cuenta a lo largo de todo el procedimiento, tanto en relación con las medidas de ayuda durante la acogida como con el acceso a garantías procedimentales. En esta fase, el funcionario responsable tal vez pueda recopilar pruebas y registrar indicadores de necesidades especiales diferentes.

De conformidad con la práctica nacional, tales indicadores deben registrarse y comunicarse a otras partes interesadas pertinentes.

Las partes interesadas que participan en la acogida y el alojamiento de los solicitantes de protección internacional, y las responsables de evaluar y ocuparse de las necesidades de estos, deben recibir información sobre cualquier indicador de necesidades especiales, para garantizar que estas se atienden.

Otras partes responsables de examinar la solicitud de protección internacional deben ser informadas de los respectivos indicadores o necesidades especiales detectadas para tenerlas en cuenta y poder garantizar que se aplican garantías procedimentales especiales durante el procedimiento de asilo.

Tenga presente el principio de [confidencialidad](#).

Tenga en cuenta la posible repercusión de las necesidades especiales en la evaluación de credibilidad.

Al examinar la credibilidad de las pruebas que respaldan los hechos sustanciales, el funcionario ha de tener presente que las circunstancias individuales y las necesidades especiales del solicitante pueden tener influencia en el modo en que este presenta las pruebas.

La cultura, la religión y las creencias de una persona determinan el modo en que esta percibe las funciones sociales y las relaciones de poder, así como su modo de entender, interpretar y presentar información. En este sentido también son importantes otros factores, como la educación, la edad, la lengua, el género o la posición social y las costumbres.

Si desea más información sobre la evaluación de credibilidad y, en particular, sobre la posible influencia de las necesidades especiales, consulte [«EASO Practical Guide: Evidence Assessment \(Guía práctica de la EASO: evaluación de pruebas\)»](#).

Por lo que respecta a cuestiones relacionadas con las personas LGBTI, el solicitante puede no haber declarado en un principio que su solicitud está relacionada con su orientación sexual o identidad de género. La razón podría ser que procede de una cultura en la que tales cuestiones son tabú. El funcionario tendrá estos factores en cuenta, examinará el caso en relación con todas las pruebas y tomará una decisión en consecuencia.

Facilite información sobre la asistencia disponible.

Hay otras entidades que pueden prestar asistencia adicional, como las organizaciones no gubernamentales, las instituciones de beneficencia o los grupos comunitarios.

El funcionario responsable puede facilitar al solicitante información sobre tal asistencia disponible.

Final del procedimiento de asilo en primera instancia

Esta sección hace referencia al final del procedimiento de asilo en primera instancia. Conviene destacar que las necesidades especiales de una persona pueden ser pertinentes aun después de finalizado el procedimiento de asilo. En consecuencia, en función del resultado del procedimiento y de la práctica nacional, deben comunicarse a otras partes pertinentes.

Registre y comunique los indicadores y/o las necesidades especiales detectadas.

El registro de los indicadores y/o de las necesidades especiales es importante para garantizar que estas se abordan. En función de la práctica nacional, los indicadores/las necesidades especiales deben comunicarse a otras partes interesadas pertinentes para que realicen un seguimiento tales necesidades una vez concluido el procedimiento de asilo.

Tenga presente el principio de [confidencialidad](#).

Prepárese para notificar la resolución.

Con arreglo a la práctica nacional, la notificación en persona de la resolución podrá ser una regla general o una decisión en cada caso individual.

Cuando la resolución se notifica en persona, el funcionario responsable debe estar informado de las necesidades especiales del solicitante, y tenerlas en cuenta.

Deben hacerse preparativos en relación con la seguridad, la garantía del bienestar del solicitante y la preparación mental.

Considere la conveniencia de informar a otras partes de que se va a notificar la resolución.

En función de la práctica nacional y de las circunstancias individuales del solicitante, el funcionario responsable debe considerar la conveniencia de ponerse en contacto con otras partes que ya intervengan en el procedimiento, para garantizar el adecuado apoyo posterior a la notificación de la resolución.

Por motivos de confidencialidad, no se debe informar a terceros del resultado de la resolución.

Entre otros, el personal del centro de internamiento, el asistente social asignado, etc.

Contemple la realización de ajustes en el procedimiento.

De acuerdo con la práctica nacional y las circunstancias individuales del solicitante, se puede dar prioridad al examen de una solicitud [\[artículo 31, apartado 7, letra b\), de la DPA \(refundida\)\]](#) o ampliar el plazo de la misma.

Se considera una buena práctica tener en cuenta las circunstancias individuales del solicitante, así como sus necesidades especiales, al decidir el momento de notificar la resolución.

Plantéese no aplicar el procedimiento fronterizo/acelerado.

Los procedimientos fronterizo y acelerado no deben utilizarse, salvo que se pueda prestar la ayuda adecuada en relación con las necesidades especiales del solicitante en el marco de tales procedimientos [\[artículo 24, apartado 3, de la DPA \(refundida\)\]](#).
