



**Nota de orientación del ACNUR sobre las
solicitudes de la condición de refugiado
relacionadas con la orientación sexual y la
identidad de género**

**Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal
División de Servicios de Protección Internacional
Ginebra
21 de noviembre de 2008**

Nota

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emite Notas de orientación sobre asuntos legales de conformidad con su mandato, tal como figura en *el Estatuto de 1950 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, en relación con el artículo 35 de *la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados* y el artículo II de su *Protocolo de 1967*.

Mediante el análisis de los principios jurídicos internacionales, de la jurisprudencia y otros materiales pertinentes, estas Notas de orientación tratan de aclarar la legislación y las normas jurídicas aplicables con el fin de orientar en el área temática en cuestión. El objetivo último es mejorar la prestación de la protección a los refugiados y solicitantes de asilo, mediante la adhesión a las normas internacionales en materia de protección de los refugiados.

Las Notas de orientación cuando se las relaciona con la determinación del estatuto de refugiado, complementan las Directrices sobre Protección Internacional y deben leerse conjuntamente. Las Notas de orientación se han desarrollado para responder a las nuevas necesidades de las operaciones y de los asuntos legales y no siguen necesariamente el mismo proceso extenso de redacción que las Directrices sobre Protección Internacional.

Las Notas de orientación son del dominio público y se encuentran en *Refworld*, <http://www.refworld.org>. Cualquier pregunta relativa a aspectos específicos de la presente nota deben dirigirse a la Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal (PPLAS, por sus siglas en inglés) de la División de Servicios de Protección Internacional, ACNUR, Ginebra.

Índice

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	ANÁLISIS SUSTANTIVO	6
A.	ANTECEDENTES	6
B.	FUNDADO TEMOR DE PERSECUCIÓN	8
	i. Leyes que penalizan la conducta homosexual	11
	ii. Temor de persecución futura	14
	iii. Evitar la persecución.....	15
	iv. Agentes de persecución.....	16
	v. El nexa causal (“por motivos de”).....	16
C.	LOS MOTIVOS DE LA CONVENCION	17
D.	ALTERNATIVA DE HUIDA INTERNA/ REUBICACION	19
E.	LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CREDIBILIDAD (EVALUACION)	20
F.	SOLICITUDES <i>SUR PLACE</i>	21
III.	CONCLUSIÓN	22

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta Nota proporciona orientación con respecto a las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género. La persecución de personas a causa de su orientación sexual y su identidad de género no es un fenómeno nuevo. Es sólo en los últimos años, que un número cada vez mayor de solicitudes de asilo son presentadas por personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero (LGBT). Lo cual ha requerido de una mayor concienciación entre los encargados de la toma de las decisiones, sobre las experiencias concretas de los solicitantes de asilo LGBT y un examen más profundo de los asuntos legales que implican.

2. En los últimos años, tanto los escritos académicos como la adopción de decisiones judiciales en el ámbito nacional reflejan progresos importantes en el análisis y la interpretación de los conceptos de orientación sexual e identidad de género en el contexto del derecho del refugiado. Al mismo tiempo estos acontecimientos, de hecho, se han basado en una creciente jurisprudencia y en la evolución legal en los planos regional e internacional (por ejemplo, a través de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas)¹. Si bien ésta sigue siendo una zona del derecho del refugiado en evolución, esta Nota, entre otras cosas, se centra en el ámbito legislativo, examina la jurisprudencia internacional en el contexto del refugio, analiza la persecución y las prácticas de persecución y construye sobre algunas de las prácticas positivas desarrolladas por los Estados en sus decisiones sobre el asilo. La Nota es complementaria a las Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados², que siguen siendo aplicables a las solicitudes de asilo de LGBT hechas por hombres y mujeres, y debe leerse conjuntamente con dichas directrices.

3. Las personas LGBT pueden ser sometidas por las autoridades del Estado, sus familias o sus comunidades a abuso físico, sexual y verbal y a discriminación, por ser

¹ Para una visión general de la jurisprudencia y doctrina relacionadas a los derechos de las personas LGBT, incluidas las violaciones de los derechos humanos por motivos de orientación sexual, véase Comisión Internacional de Juristas, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System*, 3ª edición actualizada, 2007, disponible en http://www.icj.org/IMG/UN_References.pdf. Asimismo, Comisión Internacional de Juristas, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union*, de octubre de 2007, disponible en http://www.icj.org/IMG/European_Compilation-web.pdf y Comisión Internacional de Juristas, *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos: Referencias de la jurisprudencia y la doctrina del Sistema Interamericano*, de julio de 2007, disponible en http://www.icj.org/IMG/Inter-American_References.pdf

² ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional N° 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo 2002, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf> (en lo sucesivo: *Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género*).

quienes son o por lo que se les percibe ser. Esto puede ser debido a las normas culturales y sociales prevalecientes, que se traducen en intolerancia y prejuicios, o a las leyes nacionales, que reflejan éstas actitudes. Cuando tales actos de abuso y discriminación queden impunes y/o cuando la orientación de los LGBT esté tipificada como delito³, en caso de que esas personas solicitan asilo por esos motivos, podrán cumplir con la definición de refugiado de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (“Convención de 1951”).

4. Un elemento común en la experiencia de muchos solicitantes LGBT es la necesidad de mantener en secreto aspectos de su vida y, a veces, gran parte de ella. Esto puede ser en respuesta a la presión de la sociedad, a la hostilidad explícita o implícita y a la discriminación y/o a sanciones penales. La consecuencia es que a menudo han limitado las pruebas para establecer su identidad de LGBT o puede que no sean capaces de demostrar la persecución en el pasado, en particular cuando el solicitante no vive abiertamente como LGBT en su país de origen.

5. Según los Principios de Yogyakarta de 2007 sobre la Aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género⁴ (Principios de Yogyakarta), “orientación sexual se refiere a 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 otras personas”. La “identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁵. Tribunales de diferentes jurisdicciones han afirmado, asimismo, que la orientación sexual se refiere no sólo a la conducta o a una serie de actos sexuales, sino también a la identidad de una persona y cómo él o ella trata de expresarla⁶.

³ Más de 80 Estados tienen leyes, que a menudo se denominan “leyes de sodomía”, en virtud de las cuales se prohíben o regulan los actos sexuales realizados entre adultos del mismo sexo. Algunas prohíben determinados actos sexuales, independientemente de la orientación sexual y la identidad de género, mientras que otras prohíben una serie de actividades sexuales entre personas del mismo sexo. Al menos siete Estados mantienen la pena de muerte para castigar tales actos. Para más información sobre tales leyes, véase *International Gay and Lesbian Human Rights Commission*, en <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/> y *SodomyLaws.org* en <http://www.sodomylaws.org/>.

⁴ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, de marzo de 2007, disponible en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm (en lo sucesivo: Principios de Yogyakarta). Los Principios fueron desarrollados por la Comisión Internacional de Juristas y la *International Service for Human Rights* y fueron adoptados por unanimidad durante una reunión de expertos en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

⁵ Véase Preámbulo, y los considerandos 4 y 5 de los Principios de Yogyakarta, nota al pie de página # 4.

⁶ La persecución puede ser perpetrada contra una persona tanto por el hecho de ser LGBT, como por los actos relacionados con la condición. Si el castigo que atrae esto último es severo, “es poco probable que los homosexuales sean tratados con dignidad y respeto”. Véase *Refugee Appeal N° 74.665*, 7 de julio de 2004 (Nueva Zelanda, Autoridad de Apelaciones de la condición de refugiado), párr. 27 y 129, disponible en

6. Para los efectos de la presente Nota, se utiliza con preferencia el término “LGBT” en lugar de “los homosexuales”, ya que este último término tiende a hacer invisibles a las lesbianas, no abarca a los bisexuales ni a las personas transgénero, y muchos gays y lesbianas pueden considerarlo ofensivo. Aunque el término “gay” o “personas gays” a veces se utiliza para describir a hombres y mujeres cuyo atractivo físico, romántico y emocional permanente son a las personas del mismo sexo, en la presente Nota se da preferencia a la utilización de “gay” para referirse a los hombres, mientras que “lesbiana” se refiere a las mujeres. “Bisexual” se utiliza para describir a una persona que se siente atraída física, romántica y emocionalmente hacia hombres y mujeres. Si bien no existe una definición universalmente aceptada de “transgénero”, en la presente Nota el término se refiere a hombres y mujeres cuya identidad de género no se ajusta al sexo que poseen. Transgénero no implica ninguna forma específica de orientación sexual y puede incluir a los transexuales y a los travestis. La persona se podría identificar como hombre-mujer o mujer-hombre, y puede o no que se haya sometido a cirugía y / o terapia hormonal⁷.

II. ANÁLISIS SUSTANTIVO

A. ANTECEDENTES

7. La orientación sexual de un solicitante puede ser pertinente para una solicitud de la condición de refugiado si él o ella teme el daño que le pueda producir la persecución por razones de su orientación sexual real o supuesta, si ésta no se ajusta a las normas políticas, culturales o sociales o se considera que no se ajusta a ellas⁸. La definición de refugiado se aplica a todas las personas sin distinción de sexo, edad, orientación sexual, identidad de género, estado civil o familiar, o cualquier otra condición o características. Algunos

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html>. Véase también *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, N ° 02-72651, 399 F. 3d 1163 (2005), 7 de marzo de 2005 (Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos), en III [6], disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>;

Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs [2003] HCA 71, 9 de diciembre de 2003 (Tribunal Superior de Australia), párr. 81, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>.

⁷ Para otras definiciones, véase, por ejemplo, Alianza gay y lesbica contra la difamación, *Media Reference Guide*, 7ª edición, mayo de 2007, disponible en http://www.glaad.org/media/guide/GLAAD_MediaRefGuide_7thEdition.pdf; Diccionario Merriam-Webster *on Line*, disponible en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary>

⁸ Véase las Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género, nota 2 supra, párr. 6-7. Véase también ACNUR, *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation*, 3 de septiembre de 2004, párr. 3, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> (en lo sucesivo: “*UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*”).

Estados han optado por incluir referencias específicas a la orientación sexual en la definición de refugiado en su legislación nacional⁹.

8. La orientación sexual es una parte fundamental de la identidad humana, como lo son las cinco motivos que constituyen la base de la definición de refugiado: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política¹⁰. Las solicitudes relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género son reconocidas en la Convención de 1951 principalmente en el motivo de pertenencia a un determinado grupo social, pero también pueden estar vinculadas a otros motivos, en particular, la opinión política y la religión, dependiendo de las circunstancias. Esto ha sido afirmado por los tribunales y cortes en diversas jurisdicciones, entre ellas en Australia, Canadá, Francia, Alemania, Nueva Zelandia, Suecia, Reino Unido y los Estados Unidos¹¹.

9. Aunque la libertad de orientación sexual no se reconoce explícitamente como un derecho humano internacional, ahora está bien establecido que las personas LGBT tienen derecho a todos los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás. El Preámbulo de la Convención de 1951 reitera el principio "...de que los seres humanos, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales,". El principio de no discriminación también está consagrado en los artículos 2 (1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹². Los Principios de Yogyakarta reflejan

⁹ Véase, por ejemplo, Suecia, *Aliens Act* (SFS 2005:716), capítulo 4, sección 1, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b50a1c.html>. Véase también *Migrationsverket* (Junta de Inmigración de Suecia), *Guidelines for Investigation and Evaluation of Asylum Cases in which Persecution Based on Given Sexual Orientation is Cited as a Ground*, 28 de enero de 2002, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8c1af44.html>.

¹⁰ Según se define en el artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0005.pdf> (en adelante: Convención de 1951).

¹¹ Para un análisis más detallado sobre la jurisprudencia nacional, Véase infra la Sección C. LOS MOTIVOS DE LA CONVENCIÓN.

¹² Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, 16 de diciembre 1966, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf> y Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 16 de diciembre de 1966, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0014.pdf>. Se debe interpretar que las disposiciones de no discriminación a causa de "sexo" u "otra condición" en el Pacto y el ICESCR, (por sus siglas en inglés), así como en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0021.pdf>), incluyen la orientación sexual, según afirmaron el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos del Niño. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la misma interpretación en relación con el artículo 14 (Prohibición de discriminación) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante: ECHR por sus siglas en inglés) (disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1249.pdf>). Véase también, *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, 30 de junio de 1993 (Corte Suprema del Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>, basado en el Preámbulo de la Convención de 1951; *Islam (A.P.) v. Secretary of the State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)* [1999] UKHL 20, 25 de marzo de 1999 (Cámara de los Lores del Reino Unido), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>.

las normas jurídicas internacionales vinculantes con respecto a la orientación sexual que se derivan de los principales instrumentos de derechos humanos¹³.

B. FUNDADO TEMOR DE PERSECUCIÓN

10. El concepto de “persecución” abarca graves violaciones de los derechos humanos, incluida la amenaza a la vida o a la libertad, así como otros tipos de daños graves, evaluadas a la luz de las opiniones, sentimientos y el estado psicológico del solicitante¹⁴. La evolución de las normas internacionales de derechos humanos puede ayudar a los encargados de la toma de decisiones a determinar la naturaleza persecutoria de las diversas formas de daño que puede experimentar una persona debido a su orientación sexual¹⁵. Un patrón acumulativo de hostigamiento y discriminación podría alcanzar el umbral de la persecución. Si bien el elemento de discriminación a menudo es primordial en las solicitudes formuladas por personas LGBT, ellas también con frecuencia revelan haber experimentado grave violencia física y, en especial, sexual. Cada incidente de daño debe ser evaluado de manera integral a la luz de la situación imperante y de las actitudes con respecto a la orientación sexual y la identidad de género en el país de origen.

11. La jurisprudencia internacional y regional así como la doctrina legal afirman que está prohibida la discriminación a causa de la orientación sexual de una persona¹⁶. Las

¹³ Véase Principios de Yogyakarta, nota 4 supra. Para instrumentos regionales que abordan específicamente la orientación sexual, véase Organización de Estados Americanos, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/Res. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/AGRES_2435.doc; Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la homofobia en Europa, Resolución P6_TA(2007)0167, del 26 de abril de 2007 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0167+0+DOC+XML+V0//ES>. Véase asimismo Consejo de Europa, Recomendación 1470 (2000), sobre la Situación de gays y lesbianas y sus compañeros con respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, 30 de junio de 2000, artículo 7(g) del disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dde404c6.html>, que insta a los Estados Miembro, *inter alia*, a “cooperar estrechamente con el ACNUR y las organizaciones nacionales y no gubernamentales, a promover la creación de redes para sus actividades y los insta a vigilar sistemáticamente el cumplimiento de los derechos de inmigración y de asilo de los gays y lesbianas” (traducción libre).

¹⁴ Véase, por ejemplo, *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKAIT 00120, 4 de agosto de 2005 (Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdafe0.html>, referente al impacto de actos persecutorios en el individuo.

¹⁵ ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, primera publicación en enero de 1988, última publicación en diciembre de 1992, disponible en http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359 (en adelante, Manual del ACNUR), párrafos 42 y 60. Véase asimismo, por ejemplo, *Refugee Appeal No. 76152*, 8 de enero de 2008 (Autoridad de Apelaciones de la Condición de Refugiado de Nueva Zelanda), párrafo 34, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bd93cf2.html>; *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra, párrafos 81-123.

¹⁶ Para una visión general, véanse las recopilaciones producidas por la Comisión Internacional de Juristas, Nota 1 supra. Véase también Michael O’Flaherty y John Fisher, *Sexual Orientation, Gender Identity and*

medidas discriminatorias se podrían aplicar por ley y / o mediante la práctica social, y podrían tener una serie de resultados perjudiciales. La discriminación se puede equiparar a persecución cuando esas medidas, de manera individual o acumulativa, tienen consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudiciales para la persona afectada. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando a una persona LGBT se le niega consistentemente el acceso a los servicios disponibles normalmente, tales como educación, seguridad social, salud y judicial, ya sea en su vida privada o en su lugar de trabajo¹⁷. Como se señala en el Manual del ACNUR:

“Las medidas de discriminación, aunque no tengan en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona de la que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura”¹⁸.

12. Puede equivaler a persecución si el Estado instiga o permite que una persona sea obligada a renunciar u ocultar su orientación sexual y su identidad de género¹⁹. Las personas LGBT que viven con el temor de ser identificadas públicamente, a menudo ocultan su orientación sexual con el fin de evitar las graves consecuencias de dicha exposición, incluyendo el riesgo de enfrentar severas sanciones penales, redadas domiciliarias arbitrarias, pérdida del empleo y la desaprobación de la sociedad. Estas acciones no sólo pueden ser consideradas discriminatorias y violatorias del derecho a la intimidad, sino que también atentan contra el derecho a la libertad de opinión y de expresión, según la interpretación de los Principios de Yogyakarta:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Esto incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin tener en cuenta a las fronteras”²⁰.

International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, No. 2 (2008), pp. 207-248, disponible en <http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/reprint/8/2/207>.

¹⁷ Véase, por ejemplo, *Decisión No. MA6-01580*, 12 de enero de 2007 (Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>; *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, Nota 14 supra, párrafo 147.

¹⁸ Manual del ACNUR, nota 15 supra, párrafos 54-55. Véase también *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others, 1998 (12) BCLR 1517 (CC)*, 9 de octubre de 1998 (Tribunal Constitucional de Sudáfrica), párrafo 113, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246cf72.html>.

¹⁹ Véase, por ejemplo, *RRT Caso No. 071818233 [2008] RRTA 62*, 15 febrero de 2008 (Tribunal de Revisión de Refugiados de Australia), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/484552e22.html>.

²⁰ Principios de Yogyakarta, Nota 4 supra, el derecho a la libertad de opinión y de expresión (Principio 19). Exigir que una persona oculte su orientación o identidad sexual también violaría el derecho al disfrute universal de los derechos humanos (Principio 1), los derechos a la igualdad y a la no discriminación (Principio 2), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Principio 3), y el derecho a participar en la vida pública (Principio 25). Véase también, *Smith y Grady contra el Reino Unido*, Solicitudes No.

13. Las personas LGBT pueden ser incapaces de forjar relaciones significativas, ser forzadas a matrimonios arreglados o a experimentar grandes presiones para casarse. Pueden temer que si no contraen matrimonio finalmente serán señalados como LGBT ante los ojos del público. Las restricciones sociales, culturales y otras que exijan que se casen con personas del sexo opuesto pueden tener el efecto de violar el derecho de casarse con pleno y libre consentimiento, y el derecho al respeto de la vida privada²¹. Tal presión de la comunidad podría escalar más allá de las expectativas generales de la sociedad, y alcanzar el umbral de persecución, tomando en cuenta que las personas LGBT pueden experimentar dichas presiones de manera diferente que los heterosexuales²².

14. Las solicitudes efectuadas por personas LGBT a menudo revelan la exposición a la violencia física y sexual, largos períodos de detención, abusos médicos, amenazas de ejecución y asesinatos por honor. Todos estos actos constituyen maltrato y daños de naturaleza tan grave que, en general, alcanzan el umbral de la persecución en el sentido de la Convención de 1951. Formas graves de violencia familiar y de parte de la comunidad, la violación y otras formas de agresión sexual, sobre todo si se producen en el contexto de la detención, cabrían en la definición de tortura²³. Estos actos violan el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, y el derecho a no ser sometida a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, tal como figura en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas LGBT también podrían experimentar formas más leves de daño físico y psicológico, incluido el hostigamiento, amenazas de daño, denigración, intimidación y violencia psicológica, que pueden considerarse persecución, en función de las circunstancias individuales del caso y el impacto en el solicitante.

33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfac80.html>, en la cual el Tribunal señaló que “no descartó que el silencio impuesto a los demandantes en lo que respecta a su orientación sexual, junto con la consiguiente y constante necesidad de vigilancia, discreción y secreto en ese sentido con los colegas, amigos y conocidos como una consecuencia del escalofriante efecto de la política del Ministerio de Defensa, podría constituir una injerencia en su libertad de expresión” (traducción libre) (párrafo 127).

²¹ Véase artículo 23 del Pacto, nota 12 supra: “El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Véase también Asamblea General de la ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>. El artículo 16 de la Convención estipula, *inter alia*, que los Estados Parte garantizarán (b) “El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”. Véase asimismo, el artículo 12 del ECHR (por sus siglas en inglés), Nota 12 supra: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

²² Véase, por ejemplo, *SZANS v. Minister for Immigration [2004] FMCA 445*, 13 de agosto de 2004 (Tribunal Federal de Magistrados de Australia), disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FMCA/2004/445.html>.

²³ Véase, por ejemplo, *HS ((Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department) Iran*, nota 14 supra, párrafos 57 y 134. Véase también Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 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, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, párrafos 34-49, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6076.pdf>.

15. Si bien la violencia y los abusos de derechos humanos que enfrentan las personas LGBT tienen muchos elementos comunes, también es necesario distinguir entre ellos. Las lesbianas a menudo experimentan un daño como consecuencia de la interrelación de su orientación sexual y su género, dado que la posición de la mujer en la sociedad en general, es menos poderosa que la de los hombres²⁴. Incluso es más probable que las lesbianas se sientan más obligadas que los hombres gays a ajustarse a las expectativas sociales y de la familia, por ejemplo, y a casarse con alguien del sexo opuesto. En las sociedades donde las mujeres se consideran fundamentalmente como esposas (de los hombres) y madres, las lesbianas pueden quedar aisladas e invisibles. Ellas, por lo general, están en un riesgo mayor de sufrir daños a manos de actores no estatales que los hombres homosexuales, incluso como resultado de la represalia violenta de compañeros o esposos. A menudo tienen menor acceso a los sistemas informales de protección, incluidos los lugares organizados de apoyo en el país de origen.

16. Las personas transgénero, que incluso ya representan un grupo más pequeño, a menudo tienen diferentes experiencias de persecución, por ejemplo, en relación con el acceso a la atención de la salud o debido a un mayor riesgo de exposición a daños si su identidad de género no está reconocida legalmente (por ejemplo, cuando no pueden cambiar su nombre y sexo en el registro civil). Esta exposición podría darse, por ejemplo, cuando las autoridades le piden a una persona transgénero presentar sus documentos de identidad y su apariencia física no se corresponde con el sexo que se indica en los documentos. Una persona que está tratando de cambiar de sexo, o que ya lo ha hecho, puede ser percibida particularmente como desafiante contra las concepciones de los roles de género prevalecientes.

i. Leyes que penalizan la conducta homosexual

17. Se ha encontrado que las leyes penales que prohíben las relaciones consensuales entre adultos del mismo sexo son discriminatorias y constituyen una violación al derecho a la privacidad²⁵. La existencia misma de esas leyes, independientemente de que se cumplan

²⁴ Véase *Amare v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1600, 20 diciembre de 2005 (Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales), en la cual el tribunal señaló (aunque desestimó la apelación por otros motivos), que la “combinación de discriminación contra la mujer y la discriminación contra los homosexuales es una mezcla especialmente venenosa que puede dar lugar al riesgo de persecución” (traducción libre), párrafo 17, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd5b0.html>. Véase asimismo, *RRT Case No. 071862642* [2008] RRTA 40, 19 de febrero de 2008 (Tribunal de Revisiones de Refugiados de Australia), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>.

²⁵ Véase *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1994 (Comité de Derechos Humanos), párrafos 8.6-8.7, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. Al encontrar una violación del artículo 17 del Pacto, el Comité observó que, si bien el solicitante aún no había sido procesado en virtud del Código Penal de Tasmania, la “penalización de la homosexualidad en privado no le ha permitido a exponer abiertamente su sexualidad ni dar a conocer sus puntos de vista sobre la reforma de las leyes pertinentes sobre cuestiones sexuales” (traducción libre), y que las secciones pertinentes del Código Penal habían interferido con la vida privada del autor, “aunque estas disposiciones no se habían ejecutado durante una década” (traducción libre). Véase asimismo, *Dudgeon v. United Kingdom*, Solicitud No. 7525/76, 22 de octubre de 1981 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), disponible en

y de la severidad de las sanciones que impongan, pueden tener efectos de largo alcance sobre el disfrute de los derechos humanos fundamentales de las personas LGBT²⁶. Incluso cuando no existan disposiciones específicas que traten las prácticas homosexuales como delitos, otras disposiciones dirigidas al sexo homosexual pueden ser pertinentes para la evaluación de la solicitud, como aquellas que prohíben “los actos carnales contra el orden de la naturaleza” y otros delitos como el de “socavar la moral pública” o la “satisfacción inmoral de deseos sexuales”²⁷.

18. Una ley puede ser considerada como persecutoria *per se*, por ejemplo, si refleja normas sociales o culturales que no están en conformidad con normas internacionales de derechos humanos. El solicitante, sin embargo, todavía tiene que demostrar que tiene un fundado temor de ser perseguido como consecuencia de esa ley. El enjuiciamiento penal, en virtud de una ley que de por sí no es inherentemente persecutoria o discriminatoria, puede en sí mismo equipararse a la persecución, por ejemplo, si se aplica sólo a determinados grupos o si se ejecuta arbitraria o ilegalmente²⁸.

19. En caso de que se impongan castigos severos que no se ajusten a las normas internacionales de derechos humanos, tales como la pena de muerte o graves castigos corporales, como la flagelación, su carácter persecutorio es particularmente evidente²⁹. Un conjunto importante de normas internacionales y de jurisprudencia nacional afirma que no se debe penalizar la conducta homosexual consensual³⁰. En algunas circunstancias, uno no

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaf7d.html>.

²⁶ Véase más en *Caso de Norris v. Ireland*, Solicitud No. 10581/83, 26 de octubre de 1988 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), párrafo 38, disponible en

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=10581/83&sessionid=12354864&skin=hudoc-en>.

²⁷ Véase, por ejemplo, *RRT Case No. 071862642*, nota 24 supra. Se encontró que el solicitante estaba en necesidad de protección incluso en ausencia de una ley específica que penalizara los actos homosexuales en el país de origen.

²⁸ Véase más en el Manual del ACNUR, nota 15 supra, párrafos 57 y 59; *Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género*, nota 2, párrafo 10; *ACNUR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*, nota 8, párrafos 4 y 10.

²⁹ Véase *Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género*, nota 2 supra, párrafo 12. Véase también *Principios de Yogyakarta*, nota 4 supra, el derecho a la vida (Principio 4): “Toda persona tiene derecho a la vida. Ninguna persona podrá ser privada de la vida arbitrariamente por ningún motivo, incluyendo la referencia a consideraciones acerca de su orientación sexual o identidad de género. A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o por su orientación sexual o identidad de género.”; (Principio 4.A): Los Estados A. “derogarán todas las figuras delictivas que tengan por objeto o por resultado la prohibición de la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento y, hasta que tales disposiciones sean derogadas, nunca impondrán la pena de muerte a ninguna persona sentenciada con base en ellas.”

³⁰ Véase, por ejemplo, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, nota supra 18. El Tribunal dictaminó que el delito común de sodomía era repugnante a las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual, y señaló que “la conducta que se desvía de algunas normas establecidas públicamente por lo general sólo es punible cuando es violenta, deshonesta, traicionera o de alguna otra manera perturbadora del orden público o causante de lesión. En el caso de la homosexualidad masculina, sin embargo, la percepción de la desviación se castiga

puede excluir que incluso una pena relativamente leve puede considerarse desproporcionada y persecutoria. Un enfoque demasiado estrecho sobre la gravedad de la pena podría, en efecto, reforzar la percepción errónea de que ser LGBT constituye un delito³¹.

20. Un solicitante podrá excepcionalmente ser capaz de demostrar un fundado temor de persecución, incluso si ya no se aplica una ley que tipifica como delito ser LGBT, cuando la existencia de esa ley tiene el efecto de crear una situación intolerable para la persona. Las autoridades también pueden utilizar esas leyes, aunque ya no se apliquen sistemáticamente, con fines de extorsión, o ejecutarlas en una manera no oficial que no dé lugar al registro de procesamientos, tales como violencia policial y detenciones ilegales³².

21. Lo que es sustancial en la de determinación de la condición de refugiado, es si existe un riesgo real de daño en caso de que el solicitante tenga que regresar a su país de origen. La persecución se puede encontrar incluso cuando no hay información concluyente sobre el país de origen de que se apliquen en la actualidad las leyes que penalizan conductas homosexuales. Esto puede ser el caso si un Estado trata de disfrazar su penalización de las personas LGBT ante el mundo exterior, por ejemplo, en lugar de procesarlos por ser personas LGBT, los procesa alegando que ellos cometieron delitos de violación, abuso sexual infantil o delitos relacionados con drogas. Una elevada carga de la prueba para los delitos, incluidos los estrictos requisitos probatorios, también no debe tomarse como una indicación de una menor posibilidad de ejecución, sino que hay que leerla en su contexto religioso y social. Un clima generalizado o dominado por homofobia en el país de origen (por ejemplo, el gobierno muestra su desaprobación a través de una dura retórica anti-homosexual; las personas LGBT son reprimidas y vigiladas por sus familias o los vecinos, o los medios de comunicación usan estereotipos despectivos para describirles) se puede considerar como un indicio de que las personas LGBT están siendo perseguidas³³.

22. Hay que señalar además que las sanciones penales para la actividad homosexual también impiden el acceso de las personas LGBT a la protección del Estado. Por ejemplo, una persona LGBT que ha estado expuesta a la violencia podría dudar de acercarse a la policía para pedir protección, porque se le puede considerar como un delincuente en lugar de una víctima. El solicitante, por lo tanto, también podría establecer una solicitud válida argumentando que el Estado tolera o permite las prácticas discriminatorias o el daño

simplemente porque es desviada. Se la reprime por el simbolismo que se percibe y no debido a un probado daño” (traducción libre) (párrafo 108).

³¹ Aunque algunas jurisdicciones admiten que “no existe una formulación fácil”, sostienen que la penalización de la conducta homosexual es persecutoria únicamente si “está acompañada de sanciones penales de severidad que de hecho estén en vigor”. Véase, por ejemplo, *Refugee Appeal No. 74665*, nota supra 6, párrafo 103; *Refugee Appeal No. 76152*, nota supra 15, párrafo 34.

³² Véase, por ejemplo, *Decision VA5-02751*, 16 febrero de 2007 (Junta de Inmigración y Refugio del Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48245a5f2.html>; *Refugee Appeal No. 76152*, nota supra 15, párrafo 50.

³³ Véase, por ejemplo, Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo 13 de marzo de 2008 sobre *the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi*, PA_TA-PROV(2008)0107, 13 de marzo de 2008, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47da75002.html>.

perpetrado en su contra, o que el Estado es incapaz de protegerle de manera eficaz contra ese tipo de daño³⁴. Cabe señalar también que, cuando una persona solicite asilo en un país donde las relaciones entre personas del mismo sexo sean penalizadas, tales leyes pueden obstaculizar su acceso a los procedimientos de asilo o disuadir a la persona de presentar sus experiencias de LGBT como parte de la solicitud de la condición de refugiado. En tales situaciones, puede ser necesario que el ACNUR participe directamente en el caso.

ii. Temor de persecución futura

23. Los solicitantes LGBT que han ocultado su orientación sexual en el país de origen, tal vez en el pasado no han sufrido daño suficiente que equivalga a persecución. Es posible que su conducta no fuera una elección voluntaria y se hubiera modificado precisamente para evitar la amenaza de ser perseguido. Como ha señalado por el Tribunal Superior de Australia: “es la amenaza de daños graves con sus amenazadoras repercusiones lo que constituye la conducta persecutoria. Determinar la cuestión de la posibilidad real sin determinar si la modificación de la conducta estuvo influenciada por la amenaza de daño, es dejar de considerar esta cuestión de forma adecuada”³⁵ (traducción libre). Además, las personas LGBT que han abandonado su país de origen por una razón que no sea su orientación sexual y/o han “salido del armario”³⁶ después de la llegada al país de asilo, pueden calificar para el estatuto de refugiado si logran demostrar un temor fundado de persecución futura³⁷.

24. Al igual que ocurre con las solicitudes basadas en la opinión política, el solicitante que alega un temor de ser perseguido debido a su orientación sexual no tiene que demostrar que las autoridades sabían sobre su orientación sexual antes de que hubiera salido del país de origen. En estos casos el fundado temor se basará en la evaluación de las consecuencias que tendría que enfrentar un solicitante de una determinada orientación sexual si regresara³⁸. Además, el hecho de que un solicitante LGBT en realidad nunca hubiera sido procesado por su conducta homosexual no impide que tenga un fundado temor de ser perseguido³⁹.

³⁴ Véase infra Sub-sección B Agentes de persecución. Véase también, Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género, nota 2, párrafo 17. Véase también, *Decisión M. OI, No. 543182*, 31 de mayo de 2006 (Francia: Comisión de Apelaciones de Refugiados), en la cual la Comisión dictaminó que aunque las leyes que penalizan la actividad homosexual habían sido abrogadas, las normas culturales todavía conducían a persecución.

³⁵ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, nota supra 6, párrafo 43.

³⁶ Para los propósitos de esta Nota, el término “salir del armario” se refiere al proceso en el cual una persona reconoce y acepta su propia identidad sexual y de género, y se siente capaz de informar a otros sobre ella.

³⁷ Manual del ACNUR, nota 15 supra: “el término «temor» no se refiere sólo a las personas que de hecho ya han sido perseguidas, sino también a las que desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución.” (párrafo 45).

³⁸ *Manual del ACNUR*, nota 15 supra, párrafo 83.

³⁹ *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association*, nota 8 supra, párrafo 12.

iii. Evitar la persecución

25. El Estado no puede esperar ni exigir que una persona cambie u oculte su identidad, a fin de evitar la persecución. Como se afirma en numerosas jurisdicciones, la persecución no deja de serlo porque aquellos perseguidos puedan eliminar el daño mediante la adopción de acciones con el fin de evitarlo⁴⁰. Así como una solicitud basada en la opinión política o la nacionalidad no sería desestimada con el argumento de que el solicitante podría haber evitado el daño previsto cambiando u ocultando sus creencias o su identidad, tampoco se deben rechazar las solicitudes basadas en la orientación sexual y la identidad de género simplemente por tales motivos⁴¹. Como ha señalado la Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá: En la ecuación hay que añadir la nueva libertad de expresión que el solicitante ha encontrado en Canadá y su deseo de vivir abiertamente en Sri Lanka como lo hace aquí en Canadá. [...] Nosotros no les decimos a los solicitantes que tienen derecho a practicar su religión siempre y cuando la oculten. Un derecho oculto, no es un derecho⁴².

26. La cuestión por considerar es si el solicitante tiene un temor fundado de ser perseguido, y no si la persona podría vivir en su país de origen sin atraer consecuencias adversas⁴³. Esto requiere un examen objetivo de la forma en que el solicitante podría ser tratado si fuera devuelto a ese país. Por lo tanto, no es relevante si la conducta del solicitante con respecto a su orientación sexual se considera “razonable” o “necesaria”. No hay ninguna obligación de ser “discreto” o de adoptar determinadas medidas para evitar la persecución, tales como vivir una vida de aislamiento, o absteniéndose de tener relaciones íntimas. Establecer la discreción como requisito, además, implica que la orientación sexual de una persona se limita a un mero acto sexual, así se pasaría por alto una gama de comportamientos y actividades cotidianas que se ven afectadas por la orientación sexual y

⁴⁰ Véase, por ejemplo, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, nota 6 supra, párrafos 34-60; *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra, párrafos 114, 126-127; *Nasser Mustapha Karouni, Petitioner, v. Alberto Gonzales, Fiscal General*, nota 6 supra; *DW (Homosexual Men – Persecution – Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department CG [2005] UKAIT 00168*, 28 de noviembre de 2005 (Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido), párrafo 78, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aa80.html>.

⁴¹ ⁴¹ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, nota 6 supra, párrafo 41: “El objetivo de la Convención se menoscabaría en caso de que los países signatarios les obligaran a modificar sus creencias u opiniones o a ocultar su raza, nacionalidad o pertenencia a determinados grupos sociales antes de que esos países les dieran protección en virtud de la Convención” (traducción libre). Véase también con respecto a ocultar el origen étnico, *HYSI v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 711*, 15 de junio de 2005 (Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales), párrafos 32-34 y 37, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43fc2eac24.html>.

⁴² *Decision No. IV/IE06244/81*, nota 32 supra. Véase también, *Decision No. IV/IE06244/81*, 26 de abril de 1983 (Tribunal Administrativo de Alemania (*Verwaltungsgericht*) Wiesbaden).

⁴³ Véase, por ejemplo, *MN* (Conclusiones sobre la sexualidad), Kenia contra el Secretario de Estado para el Ministerio del Interior [2005] UKAIT 00021, 28 de enero de 2005 (Tribunal de Apelaciones sobre Inmigración del Reino Unido), párrafos 21-23 y 25, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7081cd.html>.

la identidad de género de la persona⁴⁴. De hecho, equivaldría a exigir el “mismo comportamiento sumiso y complaciente, la misma negación de un derecho humano fundamental, que el agente de persecución trata de lograr mediante la conducta persecutoria”⁴⁵ (traducción libre). Como indica la Autoridad de Apelaciones de la condición de refugiado de Nueva Zelanda:

Comprender la situación de ‘ser perseguido’, como la violación sostenida o sistémica de los derechos humanos básicos que demuestra un fracaso de la protección del Estado, significa que la definición de refugiado no se aborda desde la perspectiva de lo que el solicitante de asilo puede hacer para evitar ser perseguido, sino desde la perspectiva del derecho humano fundamental en peligro y los daños resultantes.⁴⁶

iv. Agentes de persecución

27. La persecución puede ser perpetrada (i) por agentes estatales, por ejemplo, a través de la penalización de las relaciones sexuales consensuales entre personas del mismo sexo, mediante violencia física o sexual, o trato degradante infligido por quienes están bajo su control directo, o (ii) por agentes no estatales (particulares). Una solicitud de refugio, por tanto, se puede establecer cuando el Estado no quiere o no puede dar protección contra violaciones cometidas por actores estatales o no estatales. Los casos en que la inacción de un Estado puede ser persecutoria incluyen la falta de respuesta de la policía a las solicitudes de ayuda, y la negativa por parte de las autoridades a investigar, enjuiciar o castigar a las personas que causan daños a las personas LGBT. Los agentes no estatales, ya sean los miembros de la familia, vecinos, desconocidos o compañeros de trabajo, pueden estar implicados directamente en actos de persecución, incluso a través de maltrato físico y el matrimonio forzado, o indirectamente al exponer al daño a la persona afectada, por ejemplo, informando a las autoridades sobre su conducta u orientación sexual.

v. El nexa causal (“por motivos de”)

28. Al igual que con otros tipos de solicitudes de la condición de refugiado, el fundado temor de persecución debe estar relacionado con uno o más de los cinco motivos que enumera la Convención de 1951 en la definición de refugiado. El motivo de la Convención deberá ser un factor contribuyente de relevancia, pero no es necesario que se muestre como

⁴⁴ Véase *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, nota 6 supra, párrafos 40-45; y *Wang v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [2000] FCA 1599, 10 de noviembre de 2000 (Tribunal Federal de Australia), párrafos 91 y 99, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47dfb330.html>.

⁴⁵ Véase *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, nota 18 supra, párrafo 130.

⁴⁶ *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6, párrafo 114.

la única causa o la causa dominante⁴⁷. La atención se centra en la difícil situación del solicitante, en lugar de las intenciones del perseguidor. Por ejemplo, los agentes de persecución estatales y no estatales pueden infligir daños a personas LGBT con la intención de “curarles” o darles “tratamiento”, en lo que en realidad constituye abuso médico o matrimonio forzado. En este contexto, “es importante recordar que en ninguna parte de la historia de la elaboración de la Convención de 1951, se sugiere que el motivo o la intención del persecutor iba a ser considerado como factor *determinante*, ya sea en la definición o la determinación de la condición de refugiado”⁴⁸. Por lo tanto, la motivación no tiene por qué responder a enemistad, maldad ni antipatía del perseguidor hacia la víctima, si el solicitante experimenta el abuso como un daño⁴⁹.

C. LOS MOTIVOS DE LA CONVENCION

29. Los motivos que figuran en la definición de refugiado de la Convención de 1951 no son excluyentes entre sí y pueden coincidir en parte. Como tal, la transgresión de normas sociales o religiosas, en particular por la expresión de una orientación o identidad sexual, se pueden analizar en términos de opinión política, religión o pertenencia a determinado grupo social. Esta opinión, creencia o pertenencia también puede ser imputada o atribuida al solicitante por parte del Estado o de un agente no estatal de persecución⁵⁰.

30. A los efectos de la Convención de 1951, el término “opinión política” debe interpretarse ampliamente para incorporar cualquier opinión sobre cualquier asunto en el que pueden participar la maquinaria de Estado, la sociedad o la política. Esto puede incluir las opiniones sobre orientación sexual e identidad de género, en particular en países en

⁴⁷ Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género, nota 2 supra, párrafo 20. Véase asimismo, ACNUR, Directrices sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, párrafos 20-23, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4301a9184.html> (en adelante: Directrices del ACNUR sobre la pertenencia a determinado grupo social). Véase también, por ejemplo, *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra, párrafo 132.

⁴⁸ Véase, Nota del ACNUR sobre solicitudes de asilo por motivo de leyes o políticas de planificación familiar forzada, 2005, párrafo 26, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4823.pdf>.

⁴⁹ Véase más en *RRT Case No. 061020474 [2007] RRTA 25*, 7 de febrero de 2007 (Tribunal de Revisión de Refugiado de Australia), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707d82.html>; *Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, No. 95-70887, 24 de junio de 1997 (Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos), párrafo 20, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>.

⁵⁰ ACNUR, *Advisory Opinion to the Tokio Bar Association*, nota 8 supra, párrafo 5. Véase también *Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General of United States*, A01-4477 y 02-1541, 328 F.3d 719, 16 de mayo de 2003 (Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>, en la que el Tribunal reconoció la persecución al imputado por motivo de pertenencia a determinado grupo social (por ejemplo, los homosexuales), incluso si el solicitante no era gay. Véase asimismo *DW ((Homosexual Men – Persecution – Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department Jamaica*, nota 40 supra, párrafo 71.

donde la orientación sexual (diferente a la heterosexualidad) se considera contraria a la esencia de la política del país⁵¹.

31. La religión puede ser un motivo de la Convención de 1951, cuando la actitud de las autoridades religiosas hacia las personas LGBT es hostil o discriminatoria, o cuando ser LGBT es visto como una ofensa a las creencias religiosas en una determinada sociedad. Cuando alguien tiene un fundado temor de persecución debido a que se considera que no se ajusta a la interpretación dada a una determinada creencia religiosa, se puede establecer un nexo con ese motivo.

32. Con frecuencia, las solicitudes relativas a la orientación sexual se han considerado dentro del motivo de la “pertenencia a un determinado grupo social”⁵². Muchas jurisdicciones han reconocido que los homosexuales (gais y lesbianas) pueden constituir un determinado grupo social⁵³. Si bien las solicitudes relacionadas a los bisexuales y personas transgénero han sido menos comunes, estos grupos también pueden constituir un determinado grupo social⁵⁴. Además, ha quedado bien establecido que se puede considerar la orientación sexual como una característica innata e inmutable, o como una característica que es tan fundamental para la dignidad humana que la persona no debe ser obligada a renunciar a ella⁵⁵. Exigir a una persona que oculte su orientación sexual y, por ende, que

⁵¹ Ver ACNUR, *Advisory Opinion to the Tokio Bar Association*, nota 8 supra, párrafo. 6.

⁵² Véase Unión Europea, *Directiva 2004/83/EC del Consejo, de 29 de abril de 2004*, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, 19 de mayo de 2004, artículo 10(1)(d), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:ES:HTML>.

⁵³ Véase, por ejemplo, *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I& N. Dec 819, 12 de marzo de 1990 (Estados Unidos Junta de Apelaciones de Inmigración), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; Toboso fue designado “como precedente en todos los procedimientos relacionados con la misma cuestión o cuestiones”, Procuraduría General, Orden No. 1895-94, 19 de junio de 1994. *Canadá (Attorney General) v. Ward*, nota 12 supra; *Re GJ, Refugee Appeal No. 1312/93*, 30 de agosto de 1995 (Autoridad de Apelaciones del estatuto de refugiado de Nueva Zelanda), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>; *Islam v. Secretary of State for the Home Department: R v. Immigration Appeal Tribunal and another, Ex Parte Shah*, nota 12 supra; *Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs [2001] FCA 1653*, 27 de noviembre de 2001 (Tribunal Federal de Australia), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd33d.html>; *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, nota 14 supra, párrafo 146.

⁵⁴ Véase *Decision Ourbih No. 269875*, 15 de mayo de 1998 (Francia: Comisión de Apelaciones para los Refugiados), que concluyó que los transexuales pueden constituir un determinado grupo social. Esta posición fue reafirmada en la *Decision M. MB, No. 496775*, 15 de febrero de 2004 (Francia: Comisión de Apelaciones para los Refugiados). Véase, *Geovanni Hernández-Montiel v. Immigration y Naturalization Service*, 225 F.3d 1084 (9th Cir. 2000), 24 de agosto de 2000 (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos por el Noveno Circuito), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>, donde el tribunal reconoció que “los hombres gais con identidad sexual femenina” constituían un determinado grupo social.

⁵⁵ Véase, Directrices del ACNUR sobre la pertenencia a determinado grupo social, nota 47 supra, párrafo 6. Véase asimismo, *Giovanni Hernández-Montiel v. Immigration y Naturalization Service*, nota 54 supra, en el que el tribunal señaló que “la identidad sexual [de los homosexuales] es tan fundamental para su identidad humana que no se les debe exigir que la cambien” (traducción libre) (p. 10483). Véase también, *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra. La Autoridad reconoció que existe un “amplio consenso en que los cinco motivos estipulados en la Convención se refieren a las características que están más allá del poder de la

renuncie a esas características, contradice la noción misma de “determinado grupo social” como uno de los motivos protegidos en la Convención de 1951⁵⁶.

D. ALTERNATIVA DE HUIDA INTERNA/ REUBICACIÓN

33. Como la homofobia, ya sea que se exprese mediante leyes o las actitudes y el comportamiento de las personas, a menudo tiende a existir en el ámbito nacional en lugar de simplemente estar localizado en una cierta parte, normalmente en las solicitudes relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género no se pueden considerar aplicables las alternativas de huida interna. Toda sugerencia de un lugar de reubicación se debe evaluar cuidadosamente y debe ser tanto “pertinente” como “razonable”⁵⁷. Por lo general la huida interna no se considera pertinente cuando el Estado es el agente de persecución, a menos que su autoridad se limite a ciertas partes del país. Una ley de aplicación general que se ejecute en el lugar donde ocurre la persecución, como un Código Penal que penalice la conducta homosexual, normalmente también será ejecutable donde se proponga el lugar de la reubicación.

34. Cuando un actor no estatal es el que ejerce la persecución, a menudo se puede suponer que si el Estado no está dispuesto o en condiciones de dar protección en una parte del país, tampoco estará dispuestos o en capacidad de hacerlo en cualquier otra parte⁵⁸. No se puede esperar que los solicitantes repriman su orientación sexual o su identidad de género en la zona de huida interna, o que se les exija el anonimato para evitar ser alcanzados por el agente de persecución. Si bien una gran ciudad o una capital, en algunos casos, pueden ofrecer un ambiente más tolerante y anónimo, el lugar de reubicación debe ser más que un “santuario”. El solicitante también debe ser capaz de acceder a un nivel

persona de cambiarlas, o tan fundamentales para la identidad individual o la conciencia que nadie debe ser obligado a cambiarlas” (traducción libre) (párrafo 81).

⁵⁶ Véase, *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra. La Autoridad reconoció que existe un “amplio consenso en que los cinco motivos estipulados en la Convención se refieren a las características que están más allá del poder de la persona de cambiarlas, o tan fundamentales para la identidad individual o la conciencia que nadie debe ser obligado a cambiarlas” (traducción libre) (párrafo 81). Véase asimismo, Sub-sección B (iii) Evitar la persecución, párrafos 25- 26 supra.

⁵⁷ Véase ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/04, 23 de julio de 2003, párrafo 7, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2551.pdf> (en adelante: Directrices del ACNUR sobre la Alternativa de huida interna o reubicación). Véase por ejemplo, también, *RRT Case No. 061020474*, nota 49 supra, en la que se advierte que “ciertamente la situación fuera de la ciudad capital es probable que sea incluso menos favorable para ella” (traducción libre).

⁵⁸ *Decisión VAO-01624 & VAO-01625*, 8 de marzo de 2001 (Junta de Inmigración y Refugio del Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>, que afirma que: “El ex esposo de la solicitante y sus agentes las hubieran buscado [a la solicitante y a su pareja] donde quiera que hubieran ido, porque no toleraba que la madre de su hijo viviera una relación lesbiana en ninguna parte” (traducción libre) (p. 6). Véase asimismo, Directrices del ACNUR sobre la Alternativa de huida interna o reubicación, nota 57 supra, párrafo 15.

mínimo de derechos políticos, civiles y socioeconómicos⁵⁹. Por lo tanto, debe ser capaz de acceder a la protección del Estado de manera verdadera y significativa. La existencia de organizaciones no gubernamentales relacionadas con LGBT en sí mismas no proporcionan protección ante la persecución.

E. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CREDIBILIDAD (EVALUACIÓN)⁶⁰

35. Identificarse a sí mismo como LGBT debe tomarse como una indicación de la orientación sexual de la persona. Algunos solicitantes serán capaces de proporcionar pruebas de su condición LGBT, por ejemplo, mediante declaraciones de testigos, fotografías u otras pruebas documentales, pero no es necesario que documenten actividades en el país de origen que indiquen su distinta identidad de género u orientación sexual. Cuando el solicitante no puede proporcionar pruebas de su orientación sexual, y / o existe una falta de información suficiente y específica sobre el país de origen, la persona encargada de tomar las decisiones tendrá que confiar únicamente en el testimonio de esa persona. Así como señala el Manual del ACNUR "...si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos de que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda."⁶¹ En el mismo sentido el Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido señaló: "hay detalles plenos y coherentes y pequeños puntos plausibles, que es poco probable que una persona que no hubiera tenido las experiencias descritas hubiera observado o sido capaz de hacer un recuento"⁶² (traducción libre).

36. En la evaluación de las solicitudes de personas LGBT deben evitarse las imágenes estereotipadas de estas personas, como esperando que sean "extravagantes" o que los hombres homosexuales presenten una conducta femenina o que las mujeres lesbianas sean "marimachos" o de aspecto masculino. Del mismo modo, una persona no debe ser considerada automáticamente heterosexual simplemente porque ha estado casada, tiene hijos o se viste de conformidad con los códigos sociales imperantes. Ayuda a darle más precisión a la evaluación de la credibilidad del solicitante si se obtiene información sobre su realización y experiencia de la identidad sexual, en lugar de interrogarle de manera detallada sobre sus actividades sexuales.

37. Es importante que los solicitantes LGBT sean entrevistados por funcionarios capacitados y que estén bien informados sobre los problemas específicos que enfrentan

⁵⁹ Directrices del ACNUR sobre la Alternativa de huida interna o reubicación, nota 57 supra, párrafo 19; Véase también *Decision MA6-01580*, 12 de enero de 2007 (Junta de Inmigración y Refugio del Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>, que afirma que: "[i] en este caso el solicitante no estaba viviendo en un pueblo de una provincia sino en [...] la ciudad más tolerante del país de acuerdo con las pruebas documentales [...] la homofobia es todavía común y aunque existen medidas positivas, son [...] ineficaces" (pp. 4-5) (traducción libre).

⁶⁰ Esta sección se debe leer junto con las Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género, nota 2 supra, Sección III: Asuntos Procedimentales.

⁶¹ Manual del ACNUR, nota 15 supra, párrafo 196. Véase asimismo, *Nasser Mustapha Karouni, Petitioner, v. Alberto Gonzales, Attorney General, Respondent*, nota 6, en párrafo 7: "El testimonio del solicitante, si es creíble, puede ser suficiente para sostener la carga de la prueba sin corroboración" (traducción libre).

⁶² *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, nota 14 supra, párrafo 128.

estas personas. Lo mismo se aplica para los intérpretes presentes en la entrevista. Las formas pertinentes para aumentar la concienciación en los funcionarios, serían la participación en cursos cortos de formación concentrados en este tema, la transversalidad de las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género en la inducción del personal nuevo y en la formación del personal existente, garantizando el conocimiento sobre sitios *web* especializados en cuestiones de LGBT, así como el desarrollo de orientaciones relativas a las investigaciones y técnicas de entrevista por utilizar durante las diferentes etapas del procedimiento de asilo.

38. El hecho de que un solicitante no haya tenido ninguna relación significativa en el país de origen o en el país de asilo no significa necesariamente que no es LGBT. Es posible, más bien, que constituya una indicación de que trató de evitar daños como se ha explicado anteriormente en los párrafos 23-26. El solicitante no siempre sabe que la orientación sexual puede constituir un motivo para reconocer la condición de refugiado, o puede ser reacio a hablar de esas asuntos íntimos, en particular, cuando su orientación sexual sería causa de vergüenza o tabú en el país de origen. Como resultado de ello, al principio puede que no se sienta seguro para expresarse libremente o para dar un relato preciso de su caso. Aun cuando la solicitud inicial de asilo contenga declaraciones falsas, o cuando se presente hasta que haya transcurrido algún tiempo después de la llegada al país de asilo, el solicitante aún puede ser capaz de establecer un caso creíble⁶³.

F. SOLICITUDES *SUR PLACE*

39. Una solicitud de la condición de refugiado *sur place* puede surgir como consecuencia de los acontecimientos que han ocurrido en el país de origen del solicitante desde que él salió, o como consecuencia de las actividades del solicitante una vez fuera de su país de origen⁶⁴. Ése puede ser el caso cuando el solicitante ha “salido del armario” después de llegar al país de asilo, y/o su condición de LGBT o sus opiniones sobre la orientación sexual se han expresado públicamente, por ejemplo al tomar parte en campañas de apoyo, en manifestaciones y otro activismo a favor de los derechos humanos de las personas LGBT⁶⁵. En dichos casos, pueden presentarse preocupaciones por la credibilidad y se hará necesario examinar a profundidad las circunstancias y la autenticidad de la orientación sexual del solicitante.

40. Aún cuando la exposición pública de la condición de LGBT de un solicitante es el resultado de actividades “generadas por sí mismos”, la persona puede, no obstante, tener un

⁶³ Véase, *Manual del ACNUR*, nota 15 supra, párrafo 198. Véase asimismo, *Refugee Appeal No. 74665*, nota 6 supra. “La historia del accidente del solicitante era un pretexto para enmascarar lo que creía que no podía revelar, a saber, su orientación sexual [...] Su persistente equivocación con la solicitud original falsa no ha desviado la conclusión de que es un testigo creíble” (párrafo 22) (traducción libre).

⁶⁴ Véase, *Manual del ACNUR*, nota 15 supra, párrafos 94-96. Véase también, *Refugee Appeal No. 75576*, 21 de diciembre de 2006 (Autoridad de Apelaciones del estatuto de refugiado de Nueva Zelanda), párrafo 78, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/477cfbc8d.html>, referente a la situación de los homosexuales en Irán y un cambio de circunstancias.

⁶⁵ Véase *UNHCR Advisory Opinion on the Tokyo Bar Association*, nota 8 supra, párrafo 12.

fundado temor de persecución si regresara a su país de origen, o puede estar de otro modo en necesidad de protección internacional⁶⁶. Por lo tanto, se debe examinar si la orientación sexual o la identidad de género del solicitante pueden llamar la atención de las autoridades en el país de origen, con el consiguiente riesgo de persecución⁶⁷. Es necesaria una cuidadosa evaluación de todas las circunstancias, inclusive en la medida en que las actividades son generadas por sí mismos, la naturaleza del daño al que se teme y el grado de riesgo⁶⁸.

III. CONCLUSIÓN

41. La evolución internacional y nacional en la jurisprudencia relacionada con la orientación sexual muestra claramente que las personas LGBT pueden ser reconocidas como un “determinado grupo social” y, como tal, tienen derecho a la protección en virtud de la Convención de 1951. Estos acontecimientos, sin embargo, también indican que los malos tratos a las personas debido a su orientación sexual y la identidad de género siguen siendo vistos como un asunto muy personal o una forma de persecución oculta. Como resultado de ello, en ocasiones los encargados de la toma de decisiones han esperado que los solicitantes de asilo LGBT ocultaran su orientación sexual para evitar la persecución, mientras que no se aplican expectativas similares en las solicitudes relacionadas con la opinión política o las creencias religiosas. Es esencial, por tanto, que quienes toman las decisiones lleven a cabo las evaluaciones de las solicitudes relacionadas con la orientación sexual y / o la identidad de género de manera sensible y adecuada y que tengan formación específica en estas cuestiones. Habida cuenta de las dificultades de presentar pruebas en las solicitudes por motivos de la orientación sexual, su evaluación a menudo se basa en la credibilidad del solicitante. En estas circunstancias, los encargados de la toma de decisiones deben inclinarse a conceder al solicitante el beneficio de la duda.

⁶⁶ Véase por analogía, ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de refugiado, HCR/GIP/04/06, 28 de abril de 2004, párrafos 34-36, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2570.pdf>; *Refugee Appeal No. 75139*, 18 de noviembre de 2004 (Autoridad de Apelaciones del estatuto de refugiado de Nueva Zelanda), párrafos 8 y 35, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/467908082.html>.

⁶⁷ Véase, *Regeringsbeslut 11:6*, Documento No. 1926, 28 de mayo de 1998 (gobierno sueco, Ministerio de Relaciones Exteriores (*Regeringen, Utrikesdepartementet*)), que determinó que con la amplia atención que había recibido el caso del solicitante tanto en Suecia como en el extranjero y la participación de diferentes organizaciones, no se podía excluir que el solicitante estuviera en peligro de atraer un interés especial de las autoridades iraníes.

⁶⁸ Para más jurisprudencia sobre las solicitudes *sur place*, véase por ejemplo, *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, CO/30274/97, 9 de junio de 1998 (Tribunal de Apelaciones de Inmigración del Reino Unido), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b92c.html>; y *Ghasemian v. Canada* (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [2003] FCJ No. 1591; *2003 FC 1266*, 30 de octubre de 2003 (Tribunal Federal de Canadá), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/412f420b4.html>.