

**NACIONES UNIDAS**  
ALTO COMISIONADO  
PARA LOS REFUGIADOS

*Representación Regional  
en Japón*



**UNITED NATIONS**  
HIGH COMMISSIONER  
FOR REFUGEES

UNU Building 6F  
5 -53 -70 Jingumae, Shibuya-ku  
Tokio 150-0001, Japón

Teléfono 03-3499-2075  
Facsimile 03-3499-2272  
E-mail [jpnto@unhcr.org](mailto:jpnto@unhcr.org)

OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR  
PARA LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE TOKIO

1. El 30 de julio de 2004 la Asociación de Abogados de Tokio solicitó al ACNUR proporcionar información adicional relativa a las siguientes cuestiones:
  - i. si una solicitud basada en la orientación sexual puede satisfacer uno de los motivos enumerados en el artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante, la Convención de 1951);
  - ii. si existe un riesgo verdadero de ser perseguido por este motivo.
2. El ACNUR tiene un interés directo en la aplicación de la Convención de 1951 debido a su responsabilidad de proporcionar protección internacional a los refugiados en todo el mundo y de buscarles soluciones duraderas<sup>1</sup>. Por otra parte, en virtud del artículo 35 de la Convención de 1951, el ACNUR tiene el deber de vigilar la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1951. El ACNUR, por lo tanto, acoge con agrado la oportunidad de ayudar a la Asociación de Abogados de Tokio con sus comentarios sobre los principios aplicables en relación con las cuestiones mencionadas en el párrafo 1 supra.

**La orientación sexual y la definición de refugiado**

3. Aunque la Convención de 1951 no se refiere específicamente a la cuestión de género o de orientación sexual, está establecido el principio de que debe darse una interpretación de género a la definición de refugiado<sup>2</sup>. Sin embargo, esto no significa que todas las personas con una cierta orientación sexual (por ejemplo, los homosexuales) automáticamente tienen derecho a la condición de refugiado. Las solicitudes de los

---

<sup>1</sup> Véase el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, resolución 428(V) de de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1950.

<sup>2</sup> Véase ACNUR, *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados* (abril de 2001), párrafos 2 a 6. Véase también Conclusión No. 87 del Comité Ejecutivo (1999) párrafo (n).

refugiados basadas en una orientación sexual diferente pueden estar justificadas sólo cuando el solicitante ha estado o puede estar sujeto a la acción persecutoria por uno o más motivos establecidos por la Convención.

4. Donde se imponga pena o castigo desproporcionadamente graves y por un motivo mencionado en la definición, esto en sí mismo puede equivaler a persecución<sup>3</sup>. De igual forma, donde en una determinada sociedad la homosexualidad es ilegal, la imposición de sanciones penales graves puede equivaler a persecución. Además, una ley puede ser persecutoria en sí misma<sup>4</sup>. Esto es especialmente cierto cuando la ley en cuestión emana de normas religiosas o culturales que no necesariamente están de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Además, debe evaluarse contra los derechos humanos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional si el daño temido asciende a persecución y no se le puede justificar con el relativismo cultural.
5. El fundado temor de persecución debe también estar relacionado con uno o varios de los motivos de la Convención de 1951, que no son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, puede analizarse la transgresión de las normas sociales o religiosas, como la homosexualidad, en términos de la opinión política o la pertenencia a un determinado grupo social. Esta opinión también puede ser imputada o atribuida al solicitante por las autoridades o por los agentes de persecución no estatales. El párrafo 82 del Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado proporciona orientación útil a este respecto:

*La persecución “por motivos de opiniones políticas” implica que un solicitante sostiene una opinión que ha sido expresada o que ha llegado a conocimiento de las autoridades. Sin embargo, puede haber también situaciones en las que el solicitante no haya manifestado de ningún modo sus opiniones. Con todo, puede estar justificado presumir que, debido a la firmeza de sus convicciones, el solicitante manifestará más tarde o más temprano sus opiniones y que, como consecuencia de ello, entrará en conflicto con las autoridades. En los casos en que esa presunción esté justificada, se puede considerar que el solicitante tiene temores de ser perseguido por sus opiniones políticas.*

6. Para los propósitos de la Convención, el término “opinión política” debe entenderse en el sentido amplio, para incorporar cualquier opinión sobre cualquier asunto en que puede participar la maquinaria del Estado, gobierno, sociedad o la política<sup>5</sup>. Esto puede

---

<sup>3</sup> Véase, ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (Manual, reeditado de enero de 1992), párrafos 56 y 57.

<sup>4</sup> Sin embargo, en todos los casos, el solicitante debe establecer que la ley persecutoria sigue existiendo y se aplica.

<sup>5</sup> Véase *Directrices del ACNUR sobre la protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 7 de mayo de 2002 (HCR/GIP/02/01), en particular el párrafo 32. Véase, también, Guy S Goodwin-Gill, *El refugiado en el derecho internacional* (2<sup>da</sup> edición), Clarendon Press, de 1996, en p. 49 y James C. Hathaway, *El derecho del estatuto de los refugiados*, Butterworths, de 1991 en p. 149, documentos en inglés.

incluir una opinión en lo referente a los roles de género, inclusive una opinión relacionada con la orientación sexual diferente. El ACNUR señala que sobre todo en países que sostienen principios y normas islámicas, las autoridades no toleran las solicitudes relativas a orientaciones sexuales diferentes por considerarlas contrarias al núcleo de la política del país. En ese caso, el ACNUR considera que, en el marco de la Convención de 1951, la noción de “opinión política” debe abarcar las opiniones relacionadas con la orientación sexual como motivo de persecución y que los homosexuales en Irán también pueden presentar una solicitud válida basada en este motivo.

7. Las solicitudes basadas en la orientación sexual también pueden analizarse dentro de los parámetros de la “pertenencia a un determinado grupo social”. Para los fines de la Convención de 1951, el término se define como sigue:

*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*<sup>6</sup>.

8. También ahora por lo general se interpreta la orientación sexual como una característica innata e inmutable o tan fundamental para la identidad o la dignidad humana, que no se debe obligar a cambiarla. No hay ningún requisito de que el grupo sea “cohesivo”, es decir, un solicitante no necesita demostrar que los miembros de un determinado grupo se conocen o están asociados entre sí como grupo. La investigación pertinente es si existe un elemento común que comparten los miembros del grupo. Para establecer la existencia de un determinado grupo social tampoco es necesario demostrar que todos los miembros del supuesto grupo corren el riesgo de persecución. Tomando estos elementos en consideración, en opinión del ACNUR, los homosexuales pueden estar cubiertos por la categoría de grupo social, ya sea como un grupo que comparte una característica común o porque se consideren como un grupo reconocido en la sociedad<sup>7</sup>. Esto se encuentra ampliamente aceptado en la práctica de diversas jurisdicciones<sup>8</sup>.

## **Información sobre el país de origen**

9. En relación con la pregunta de si los homosexuales pueden enfrentar la persecución en Irán, varias fuentes confirman que la ley islámica castiga la homosexualidad y que la sodomía es un delito que se castiga con la pena capital<sup>9</sup>. Las sanciones contra los

---

<sup>6</sup> Véase ACNUR *Directrices sobre la protección internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 7 de mayo de 2002 (HCR/GIP/02/02).

<sup>7</sup> Véase la nota 6. Véase, también, Heaven Crawlay y Trine Lester, *Análisis comparado de la persecución por motivos de género en la legislación nacional de asilo y la práctica en Europa*, EPAU/2004/05, mayo de 2004, documento en inglés.

<sup>8</sup> Véase la sección II del anexo a este documento sobre los Extractos de la jurisprudencia nacional pertinente.

<sup>9</sup> Véanse los extractos de información sobre el país de origen en el anexo. En particular, ACNUR Centro de Documentación e Investigación, *Documento de antecedentes sobre los refugiados y solicitantes de asilo de la República Islámica del Irán*, de enero de 2001; Dirección de Inmigración y Nacionalidad, Ministerio del

homosexuales se basan en la “Sharia” e implican la aplicación de la ley punitiva islámica de Irán<sup>10</sup>.

10. En cuanto a la aplicación de la ley en la práctica, el ACNUR señala que hay fuentes externas que indican que aparentemente la homosexualidad no se castiga en la práctica en Irán<sup>11</sup>. Sin embargo, en opinión del ACNUR, esta información debe tratarse con cautela y se debe leer a la luz de todos los elementos en el contexto específico de Irán. Por otra parte, una única fuente de información no debe considerarse como concluyente en cuanto a los méritos de una solicitud de asilo. Además, aunque se disponga de información sobre el país de origen proveniente de fuentes públicas (podría haber casos individuales castigados al extremo de constituir persecución pero que son desconocidos para el público), y éstas no parezcan referirse a ejemplos específicos de la aplicación de la pena de muerte únicamente por motivos de relaciones homosexuales, sería inadecuado desconocer por completo la existencia de la pena de muerte porque las fuentes den cuenta de una relativa tolerancia o por el hecho de que en Irán no hay ningún esfuerzo sistemático para enjuiciar a los homosexuales. La ausencia de un ejemplo específico sobre la observancia de la pena de muerte no niega razonablemente su posible imposición o aparición en todos los casos y en todo momento. Sin embargo, tampoco excluye sustanciar de forma razonable los fundados temores de persecución por motivos acumulados<sup>12</sup>. Los méritos de una solicitud de asilo individual, en última instancia, tendrán que evaluarse con base en sus elementos subjetivos y objetivos (incluida la información sobre el país de origen)<sup>13</sup>.
11. Además, los homosexuales pueden estar sujetos a persecución por medios que no implican necesariamente sanciones penales. Incluso cuando no se condenan las prácticas homosexuales, un solicitante podría todavía presentar una solicitud válida cuando el Estado aprueba o tolera prácticas discriminatorias o los daños perpetrados contra esa persona, o cuando el Estado no quiere o no puede proteger eficazmente al solicitante contra los daños. Aunque normalmente se relaciona la persecución con la acción de las autoridades del país, también puede emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas en las correspondientes leyes nacionales<sup>14</sup>.

---

Interior, Reino Unido; Informe sobre Irán, de abril de 2004, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Centro Austriaco de Investigación y Documentación sobre los Países de Origen y Asilo (ACCORD), 11 de junio de 2001. Presentación de Drewery Dyke, con observaciones de Bernard Quah al séptimo seminario europeo sobre información de país de origen, Berlín, 11 y 12 de junio de 2001. “Irán: informe de país”. Disponible en <http://www.ecoi.net>.

<sup>10</sup> De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, todas las leyes del país deben ser compatibles con la ley islámica.

<sup>11</sup> “Irán: Actualización del IRN28636.E del 11 de febrero de 1998 relativo a la información sobre la situación de los homosexuales y si en la práctica se aplican sanciones legales contra la homosexualidad”, Dirección de Investigación, Junta de Inmigración y Refugiados, Ottawa (20 de enero de 2003), documento en inglés.

<sup>12</sup> Véanse los párrafos 54 y 55 del *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*.

<sup>13</sup> Véanse los párrafos 40 y 42 del Manual.

<sup>14</sup> Véase el párrafo 65 del Manual.

## **Otras consideraciones importantes**

12. Al evaluar una solicitud basada en la orientación sexual diferente, el ACNUR examina si la argumentación relativa a la orientación sexual del solicitante es creíble. No hay ningún requisito de persecución pasada y el hecho de que el solicitante nunca fuera procesado por su práctica sexual no excluye que tenga un fundado temor de persecución. Otros elementos pueden ser pertinentes para determinar la validez de la solicitud de los refugiados. Por ejemplo, las acciones del solicitante en el país de asilo pueden ser decisivas, tales como la expresión pública de opiniones que reclaman la libertad y la igualdad para los homosexuales y la abolición de las disposiciones relativas a la sodomía, en la publicaciones y con la participación en diversas manifestaciones. En tales casos, el ACNUR examina si las autoridades del país de origen conocían las actividades del solicitante y si esto puede llevar a una probabilidad de persecución, teniendo en cuenta la situación en el país de origen.
  
13. El ACNUR confía en que estos comentarios sean útiles para la Asociación de Abogados de Tokio.

ACNUR  
3 de septiembre de 2004

### Adjunto en el anexo:

1. Normas y directrices del ACNUR y otros documentos de investigación importantes
2. Extractos de la jurisprudencia nacional pertinente
3. Información relevante del país de origen
4. Otra información pertinente sobre la práctica estatal

## ANEXO

### I. Normas y directrices del ACNUR y otros documentos de investigación importantes

- *Manual del ACNUR de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*

40. La evaluación del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas. Una persona puede abrigar convicciones políticas o religiosas tan arraigadas que el tener que prescindir de ellas haga su vida intolerable, mientras que otra puede no tener convicciones tan firmes. Una persona puede tomar impulsivamente la decisión de escapar, mientras que otra puede planear su partida con todo cuidado.
42. Por lo que respecta al elemento objetivo, es necesario evaluar las declaraciones del solicitante. No se exige de las autoridades competentes encargadas de determinar la condición de refugiado que emitan un juicio sobre la situación en el país de origen del solicitante. No obstante, las declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto de la situación pertinente. El conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, aunque no sea un objetivo primordial, es un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona. En general, los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él.

#### *(c) Discriminación*

54. De hecho, en muchas sociedades existen en mayor o menor medida diferencias de trato entre sus distintos grupos. Las personas que reciben un trato menos favorable a causa de esas diferencias no son necesariamente víctimas de persecución. Sólo en determinadas circunstancias esa discriminación constituirá persecución. Así ocurriría si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase, como, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles.
55. 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 que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura. La cuestión de si tales medidas de discriminación constituyen o no en sí mismas persecución debe decidirse a la luz de todas las circunstancias del caso. Es evidente que la alegación por una persona de sus temores a ser perseguida será más convincente cuando haya sido víctima de diversas medidas discriminatorias de esta índole y se dé así cierta concurrencia de motivos.

*(d) Castigo*

56. La persecución debe distinguirse del castigo por un delito de derecho común. Las personas que huyen del enjuiciamiento o castigo por un delito de esta índole no suelen ser refugiados. Conviene tener presente que un refugiado es una víctima, o una posible víctima, de la injusticia y no un prófugo de la justicia.
57. Sin embargo, esta distinción puede ser a veces confusa. En primer lugar, una persona culpable de un delito de derecho común puede estar expuesta a un castigo excesivo, equiparable a la persecución en el sentido de la definición. Además, el enjuiciamiento penal por una de las causas mencionadas en la definición (por ejemplo, por dar a un niño una instrucción religiosa “ilegal”) puede de por sí equivaler a persecución.

*(g) Agentes de la persecución*

65. La persecución suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país. La intolerancia religiosa, equiparable a persecución, en un país por lo demás no confesional, en el que importantes sectores de la población no respetan las creencias religiosas de sus conciudadanos, es un buen ejemplo. El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.

*(f) Opiniones políticas*

82. Como ya se ha indicado, la persecución “por motivos de opiniones políticas” implica que un solicitante sostiene una opinión que ha sido expresada o que ha llegado a conocimiento de las autoridades. Sin embargo, puede haber también situaciones en las que el solicitante no haya manifestado de ningún modo sus opiniones. Con todo, puede estar justificado presumir que, debido a la firmeza de sus convicciones, el solicitante manifestará más tarde o más temprano sus opiniones y que, como consecuencia de ello, entrará en conflicto con las autoridades. En los casos en que esa presunción esté justificada, se puede considerar que el solicitante tiene temores de ser perseguido por sus opiniones políticas.
83. El solicitante que alega el temor de ser perseguido a causa de sus opiniones políticas no necesita demostrar que las autoridades de su país de origen conocían sus opiniones antes de que lo abandonase. Esa persona puede haber ocultado sus opiniones políticas y no haber sufrido nunca discriminación ni persecución. Sin embargo, el mero hecho de que se niegue a acogerse a la protección de los poderes públicos de su país o a regresar a éste puede revelar su verdadero estado de ánimo y sus temores de ser perseguido. En este caso, el criterio de los temores fundados se basaría en una evaluación de las consecuencias que el solicitante que mantiene determinada actitud política tendría que afrontar si regresara a su país. Esto se aplica en particular al llamado refugiado “sur place”

- **Directrices sobre la protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 mayo 2002 (HCR/GIP/02/01)**

Véanse, en particular, los párrafos 16 y 17.

(Citas)

16. Las solicitudes de la condición de refugiado basadas en la orientación sexual contienen un componente de género. La sexualidad o las prácticas sexuales de un solicitante pueden ser relevantes en la solicitud de asilo cuando éste ha sido víctima de acciones persecutorias (incluyendo la discriminación) por razones de su sexualidad o prácticas sexuales. En muchos casos el solicitante se niega a observar los roles y las expectativas sociales o culturales atribuidas a los miembros de su sexo. Las solicitudes más comunes incluyen a homosexuales, transexuales y travestidos, a los que se somete a hostilidad pública excesiva, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente.
17. En ciertas sociedades en donde la homosexualidad es ilegal, la penalización por conducta homosexual podría equivaler a persecución, del mismo modo que lo sería si una mujer se negara a usar un velo en ciertas sociedades. Incluso cuando las prácticas homosexuales no sean penalizadas, un solicitante bien podría establecer una solicitud válida en situaciones en las que el Estado condone o tolere las prácticas discriminatorias o los perjuicios perpetrados en su contra, o en las que el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios.

- **Directrices sobre la protección internacional: “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 de antecedentes para el “Ámbito 2” de las Consultas Globales sobre la protección internacional, Alexander Aleinikoff “Pertenenencia a un determinado grupo social”: análisis y las conclusiones propuestas, publicado en: La protección del refugiado en el derecho internacional, 2003.**
- **Heaven Crawlay y Trine Lester, Análisis comparado de la persecución por motivos de género en la legislación nacional de asilo y la práctica en Europa, mayo de 2004 (estudio encargado por la Unidad de Evaluación y Análisis de Políticas del ACNUR, Departamento de Protección Internacional y la Oficina Regional para Europa).**
- **Rodger Haines, Persecución por motivos de género, publicado en: La protección del refugiado en el derecho internacional, 2003.**

## **II. Extractos de la jurisprudencia nacional pertinente**

### **Australia**

#### **Tribunal de Apelaciones de Refugiados**

1. N01/37352 (24 de abril de 2001), documento en inglés.

El Tribunal ha considerado si los hombres homosexuales en Irán constituyen un determinado grupo social en el sentido de la Convención. Depende de las circunstancias que en una determinada sociedad un grupo constituya un determinado grupo social en el sentido pertinente. El Tribunal observa que los homosexuales están reconocidos por la ley en Irán y que las pruebas independientes antes citadas se refieren a la existencia de homosexuales en Irán. Con base en esta evidencia, el Tribunal considera que los homosexuales pueden ser considerados un grupo de reconocible en la sociedad iraní.

El Tribunal acepta las pruebas independientes de que, no obstante el hecho de que la actividad homosexual no es poco común en Irán, la ley condena la homosexualidad. El Tribunal es de la opinión de que aunque puede no haber ningún movimiento gay organizado en Irán, se percibe que los homosexuales en Irán tienen atributos que los unen como un grupo y les distinguen de toda la sociedad. Con base en las pruebas independientes, el Tribunal está satisfecho de que los homosexuales son un grupo reconocible en la sociedad iraní y constituyen un determinado grupo social a los efectos de la Convención.

El Tribunal acepta que el solicitante tenía que ser discreto si deseaba tener relaciones homosexuales en Irán. El Tribunal también acepta que en algunas circunstancias la necesidad de ser discreto podría apoyar una conclusión que el solicitante tenía fundado temor de persecución. (Véase *Woudneh c. Inder & MILGEA*, sin informar, Tribunal Federal, Gray J., 16 de septiembre de 1988, en 18-19, también *Solicitante A* por *McHugh J.* en 359-360 y *Kirby J.* en 388, documentos en inglés).

2. N01/37891 (16 de octubre de 2001), documento en inglés.

El Tribunal acepta que “los hombres homosexuales en Irán” constituyen un “determinado grupo social” en ese país. Como el informe de la Junta de Inmigración y Refugio (IRDB, por sus siglas en inglés) de Canadá observa, el término “homosexualidad” no puede tener adeptos en Irán ni el mismo significado que en occidente, pero hay varios términos iraníes para abordar las relaciones sexuales entre hombres e incluso una atracción emocional que simplemente describe a las personas del mismo sexo, una condición que sin duda puede existir sin ecuaciones de “sodomía”. El Tribunal acepta que “los hombres homosexuales en Irán” no constituyen un grupo amorfo, a pesar de que, como observa la IRDB, puede haber muchos tipos diferentes de homosexuales en Irán.

Aunque por lo general siguen siendo “ invisibles” como un sector de la población, el Tribunal acepta que los “hombres homosexuales en Irán” constituyen un “determinado grupo social” en ese país porque, como también observa el informe de la IRDB, la

sociedad debate sobre ellos como un grupo y no necesariamente les define por actos individuales, sino más bien, o al menos también, por las preocupaciones que se les atribuyen a ellos y por su potencial para alterar el orden familiar y social, no sólo como individuos, sino como un grupo.

### Tribunal Federal de Australia

1. Singh c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales (27 de noviembre de 2001), documento en inglés.

9. El Tribunal aceptó que la homosexualidad del solicitante significaba que era un miembro de un determinado grupo social en el sentido del artículo 1A(2) de la Convención. Éste ha sido aceptado por el Tribunal en varias ocasiones: Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. Gui [1999] FCA 1496 (Gui); “Solicitante LSLS” c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales [2000] FCA 211 (Solicitante LSLS); Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. “B” [2000] FCA 930 (B); Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. Guan [2000] FCA 1033 (Guan); y MMM c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales [1998] 90 FCR 324 (MMM). El Tribunal Superior (McHugh y Kirby J.J.) también indicó la aceptación de esa premisa en Guo Ping Gui c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales (2000) 21(11 LegRep SL3b), al denegar el permiso especial de apelación del Pleno del Tribunal Federal en Gui, documentos en inglés.

2. Recurrente S395/2002 c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales (9 de diciembre de 2003), documento en inglés.

43. La noción de que es razonable que una persona tome medidas que le evitarían daños persecutorios, induce de hecho a un tribunal a no considerar correctamente la existencia de una oportunidad real de persecución si la persona es devuelta al país de su nacionalidad. Esto es especialmente cierto cuando las acciones de los perseguidores ya han causado que la persona afectada modifique su conducta al ocultar sus creencias religiosas, sus opiniones políticas, su origen racial, el país de su nacionalidad o su pertenencia a un determinado grupo social.

49. Así, la cuestión era si existía una posibilidad real de que el solicitante fuera procesado por homosexualidad y, en caso afirmativo, si la acusación y cualquier posible sanción hubieran sido adaptadas de manera inapropiada para la consecución de un objetivo legítimo de la sociedad iraní como para constituir persecución. La razonabilidad de la conducta del demandante no era pertinente a esas cuestiones. Al determinar si el recurrente enfrentaba la posibilidad real de una acción penal, el Tribunal estaba en su derecho de tener en cuenta no sólo las políticas de persecución de las autoridades iraníes, sino también la probabilidad de que inadvertida o deliberadamente el recurrente pudiera atraer su atención. Sin embargo, la razonabilidad de su conducta no se tomó en cuenta en esta cuestión.

50. En la medida en que las decisiones en el Tribunal y en el Tribunal Federal declaran que los solicitantes de asilo están obligados a adoptar medidas razonables para evitar el daño de persecución, o que se puede esperar que las adopten, ellas están equivocadas en principio y no se deben seguir.

#### Tribunal Superior de Australia

S 395/2002 c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales; Recurrente S [2003] HCA 71 (9 de diciembre de 2003), documento en inglés.

#### Vivir abiertamente como **homosexual**

41. El propósito de la Convención es proteger a los individuos de todos los países de la persecución por los motivos establecidos en la Convención siempre que sus gobiernos deseen causar persecución, o no puedan prevenirla. La persecución cubre muchos tipos de daños que van desde el daño físico a la pérdida de los activos intangibles, la muerte y la tortura patrocinada o tolerada por el Estado, la discriminación en la vida social y el empleo. Independientemente del daño, constituirá persecución sólo si, por razón de su intensidad o duración, no se puede esperar razonablemente que la persona perseguida la tolere. Pero la persecución no deja de ser persecución para los propósitos de la Convención por que los perseguidos puedan evadir el daño mediante la adopción de acciones en el país de su nacionalidad. La Convención no daría protección contra la persecución por motivos de religión o de opinión política si se impusiese la condición para la protección de que la persona afectada tomara medidas –razonables o de otra índole – para evitar ofender los deseos de los perseguidores. Tampoco daría protección ante la pertenencia a “determinado grupo social” si existiera la condición para la protección de que sus miembros ocultaran su pertenencia o modificaran algún atributo o característica del grupo para evitar la persecución. Del mismo modo, a menudo no conseguiría dar protección a las personas perseguidas por motivos de raza o de nacionalidad, si se impusiera la condición de que tomaran medidas para ocultar su raza o su nacionalidad.
42. La historia ha demostrado muchas veces que las personas que tienen creencias religiosas u opiniones políticas, que son miembros de determinados grupos sociales o tienen determinados orígenes raciales o nacionales son especialmente vulnerables a la persecución por parte de sus autoridades nacionales. El objeto de los firmantes de la Convención fue proteger la celebración de las creencias, opiniones, composición y origen, dando a las personas afectadas asilo en los países signatarios cuando su país de nacionalidad no pudiera protegerles. Se socavaría el objeto de la Convención si los países signatarios les demandaran modificar sus opiniones o creencias u ocultar su raza, nacionalidad o la pertenencia a determinados grupos sociales antes de darles protección en virtud de la Convención. Como el juez Simon Brown declaró en el caso del *Secretario de Estado para Ministerio del Interior c. Ahmed* [14]:

“Una cosa es... que puede ser razonable exigir a los solicitantes de asilo que se abstengan de determinadas políticas o actividades religiosas incluso para evitar la persecución después de su regreso. Otra cosa muy diferente es, si en realidad parece que el solicitante de asilo al regresar no se abstendría de esas actividades. En otras palabras, si se establece que de hecho él actuaría injustificadamente, no tendría derecho a la condición de refugiado” (énfasis original) (traducción libre).

43. El juez Simon Brown continuó diciendo:

“En todos los casos de asilo, en última instancia se formula una sola pregunta: ¿existirá un grave riesgo de que el solicitante pueda ser perseguido por un motivo de la Convención al regresar? Si lo hay, entonces tiene derecho al asilo. No es importante si el riesgo surge de su propia conducta en ese país, aunque ésta sea irrazonable” (traducción libre).

44. La noción de que es razonable que una persona tome medidas que le evitarían daños persecutorios, induce de hecho a un tribunal a no considerar correctamente la existencia de una oportunidad real de persecución si la persona es devuelta al país de su nacionalidad. Esto es especialmente cierto cuando las acciones de los perseguidores ya han causado que la persona afectada modifique su conducta al ocultar sus creencias religiosas, sus opiniones políticas, su origen racial, el país de su nacionalidad o su pertenencia a un determinado grupo social. En casos donde el solicitante ha modificado su conducta, hay una tendencia natural del tribunal a razonar que, debido a que el solicitante no ha sido perseguido en el pasado, no será perseguido en el futuro. La falacia subyacente en este enfoque es el supuesto de que la conducta del solicitante no está influenciada por la conducta del perseguidor y que el comportamiento persecutorio pertinente es el daño que se inflige. Sin embargo, en muchos casos – quizás en la mayoría–, el solicitante ha actuado de determinada manera sólo a causa de la amenaza de daño. En tales casos, el temor fundado de persecución del solicitante es el temor a que, a menos que actúe para evitar la conducta perjudicial, va a sufrir daños. Es la amenaza de daños graves con sus implicaciones amenazantes lo que constituye la conducta persecutoria. Es un error determinar la cuestión de la oportunidad real sin determinar si la conducta modificada fue influenciada por la amenaza de daño.

45. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, cada persona es libre de asociarse a cualquier otra persona y de actuar como le agrade, aunque muchos otros individuos o grupos puedan desaprobar las asociaciones o el modo particular de vida de esa persona. Éste es el supuesto subyacente en el Estado de derecho. Sujetos a la ley de la sociedad en que viven, los homosexuales, así como los heterosexuales, son libres de asociarse con las personas que deseen y de vivir como quieran.

## Canadá

### Tribunal Supremo

*Canadá (Fiscalía) c. 2SCR689 Ward [1993]*, documento en inglés.

(Citas)

#### (a) Persecución y complicidad del Estado

716-717

La comunidad internacional debería ser un foro de segunda instancia para las personas perseguidas, un “sustituto”, accesible en caso de que falle la protección local. El fundamento sobre el que descansa el Derecho Internacional de los Refugiados no es simplemente la necesidad de dar asilo a los perseguidos por el Estado sino, más ampliamente, proporcionar asilo a aquellos cuyo Estado de residencia no puede o no les garantiza protección frente a la persecución. El primero, por supuesto [\*48], está comprendido en el último, pero los redactores de la Convención tenían en mente ese propósito más amplio. La incapacidad del Estado para proteger a la persona [\*\* 717] de la persecución fundada en uno de los motivos enumerados constituye el fracaso de la protección local.

Por lo tanto, concluyo que la persecución en el marco de la Convención incluye situaciones donde el Estado, en rigor, no es cómplice de la persecución pero simplemente no puede proteger a sus ciudadanos.

#### (b) Persecución

733-734

En la Convención subyace el compromiso de la comunidad internacional de asegurar los derechos humanos fundamentales sin discriminación. Esto se indica en el preámbulo del tratado de la siguiente manera:

*CONSIDERANDO que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales.*

Este tema describe los límites de los objetivos perseguidos y aceptados por los delegados. Se establece, de manera general, la intención de los redactores y, por lo tanto, ofrece un límite inherente a los casos cubiertos por la Convención. Hathaway, supra, en p. 108, explica así el impacto de este tono general del tratado sobre el derecho de los refugiados:

“La opinión dominante, sin embargo, es que el derecho de los refugiados debería ocuparse de las acciones que privan de dignidad humana en todos los modos clave, y que la negación sostenida o sistémica de los derechos humanos fundamentales es la norma adecuada” (traducción libre).

Este tema establece los límites para muchos de los elementos de la definición de “refugiado de la Convención”.

A la “persecución”, por ejemplo, que no está definida en la Convención, se le ha atribuido el significado de “violación sostenida o sistémica de los derechos humanos básicos demostrativa de una falla de la protección del Estado” (traducción libre). Véase Hathaway, *supra*, en páginas 104-105. Así también Goodwin-Gill, *supra*, en p. 38, observa que “el análisis completo requiere que la noción general [de persecución] esté relacionada con desarrollos dentro del amplio campo” traducción libre).

(c) determinado grupo social

737

Interpretamos la frase “persecución por pertenencia a un determinado grupo social” en el sentido de persecución que está dirigida contra una persona que es un miembro de un grupo de personas que comparte una característica común, inmutable [...] Cualquiera que sea la característica común que define el grupo, debe ser una que los miembros del grupo no pueden cambiar o no deberían estar obligados a cambiar porque es fundamental para sus identidades individuales o sus conciencias.

## Nueva Zelanda

1. Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados, *Apelación de refugiados No. 74665/03* (7 de julio de 2004), documento en inglés.

(Citas)

(p.14)

[26] Las pruebas en cuanto a la aplicación de la ley en la práctica a veces son ambiguas y se necesita una cuidadosa interpretación. Algunas pruebas afirman que no se penaliza la homosexualidad. Tales afirmaciones no pueden tener siempre valor nominal y deben ser leídas en contexto. Debe evitarse una concepción de los derechos humanos demasiado estrecha. Los homosexuales pueden ser perseguidos por medios que no implican necesariamente sanciones penales [...]

[27] La declaración de la Dirección de Investigación de que no pudo encontrar informes sobre personas condenadas por homosexualidad no puede tomarse en valor nominal, pues contrasta de forma marcada con la información contenida en la Actualización. Subraya el punto el hecho de que los homosexuales son reprimidos por sus propios familiares y parientes y que los medios de comunicación les presentan como violadores y pederastas [...]

2. Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados, *Apelación de refugiado No. 1312/93 RE GJ* (30 de agosto de 1995), documento en inglés.

(p. 57-58)

Estamos satisfechos, con la evidencia recibida, de que los homosexuales en Irán son un grupo social reconocido, unido por una característica interna compartida, es decir, su orientación social. También encontramos que la homosexualidad es una característica

innata o que no se puede cambiar, o una característica tan fundamental para la identidad o la dignidad humana que no debería ser necesario cambiar.

(...) existe una oportunidad real de persecución si el recurrente regresara a Irán, las pruebas de los expertos establecen que la situación de los homosexuales en Irán es particularmente peligrosa. Han sido señalados por Jomeini y otros como una manifestación corrupta y peligrosa de la “occidentalización”. La influencia omnipresente de los escritos del Ayatolá Jomeini junto con las disposiciones expresas del Código Penal iraní casi inevitablemente llevan a la conclusión de que los agentes del Estado en Irán perciben a los homosexuales como personas que deben eliminarse porque son parásitos y corruptores de la nación. En consecuencia se satisface la prueba de oportunidad real.

Se podría decir que el recurrente podría evitar persecución siendo cuidadoso y viviendo una vida oculta, discreta, sin revelar nunca su orientación sexual. Habiendo visto y oído al recurrente, somos de la conclusión de que esperar de él la total negación de una parte esencial de su identidad sería tanto inapropiado como inaceptable.

## **Reino Unido**

Casa de los Lores, *Shah e Islam c. Secretario de Estado para el Ministerio del Interior* (25 de marzo de 1999), documento en inglés.

LORD MILLETT

Yo aceptaría que los homosexuales constituyen un grupo social distinto. En una sociedad que somete a persecución a los homosexuales activos pero no a los homosexuales no activos, el grupo social pertinente de todas formas estaría compuesto por los homosexuales, no sólo el subconjunto de homosexuales activos. Un homosexual no activo no tendría ninguna dificultad para establecer que es miembro de un grupo perseguido. Su única dificultad sería establecer su fundado temor de persecución, teniendo en cuenta el hecho de que no era un homosexual activo. Esto sería una cuestión de pruebas, pero dudo que tuviera una dificultad real, dada la hostilidad que encuentran todos los homosexuales en este tipo de sociedad y los problemas evidentes que el solicitante tendría para convencer a sus verdugos de su propia abstinencia sexual.

### **III. Información del país de origen**

#### **1. Dirección de Inmigración y Nacionalidad, Ministerio del Interior, Reino Unido, *Informe de país: Irán 2004***

Informe de abril de 2004, documento en inglés.  
(Citas)

## Homosexuales / Transexuales

6,186. Es importante examinar la ley iraní desde un punto de vista jurídico, en particular a la ley punitiva islámica, que contiene las siguientes disposiciones para los actos homosexuales:

Art. 110: La pena establecida para las relaciones homosexuales en caso de relaciones sexuales es la ejecución y el modo de llevarla a cabo queda a discreción del juez religioso.

Art. 111: Las relaciones sexuales homosexuales conducen a la ejecución siempre que tanto la parte activa como la pasiva sean mayores de edad, estén sanos y hayan actuado de mutuo consentimiento.

Art. 112: Cuando una persona mayor de edad mantiene una relación homosexual con un adolescente, la parte activa será ejecutada y la parte pasiva, si no hubiera mostrado renuencia, deberá recibir una paliza de hasta 74 latigazos.

Art. 113: Cuando un adolescente mantiene relaciones homosexuales con otro adolescente, ambos deberán recibir una paliza de hasta 74 azotes a menos de que uno de ellos se hubiese mostrado renuente.

Los artículos 114 al 126 establecen cómo probar las relaciones sexuales homosexuales.

Los artículos 127 al 134 se refieren a las relaciones sexuales lésbicas. El castigo por las relaciones sexuales entre lesbianas es de 100 latigazos. Si el delito se repite tres veces, el castigo es la ejecución.

6,188. El año pasado hubo informes de que un hombre acusado de sodomizar y luego asesinar a su sobrino iba a ser lanzado por un acantilado en un saco. La oposición iraní en el Reino Unido le dio amplia publicidad a este caso y fue abordado por otros servicios noticiosos, pero no hemos escuchado informes de que la sentencia fuera ejecutada.

6,189. La jurisprudencia sin duda ha utilizado las acusaciones de homosexualidad, no obstante la carga de la prueba. Además, ocurre que la homosexualidad se menciona como una de las acusaciones, entre otros delitos, en contra de la parte demandada. Por ejemplo, las acusaciones de homosexualidad han sido utilizadas en juicios injustos, como es el caso de un líder sunita en Shiraz, en 1996/97, a quien claramente se le perseguía por motivos políticos. Hay también otros casos políticos, aunque no en el pasado reciente.

6,190. El Ta'azirat –el Código Penal iraní– de noviembre de 1983 (válido hasta junio de 1996), contemplaba penas de prisión de entre uno y 10 años y hasta 74 latigazos. La pena de muerte también se podía decretar si el acto se consideraba como un “acto contra Dios y corrupción en la tierra”. Desde junio de 1996, el Ta'azirat revisado omite la amenaza directa de azotes o la pena de muerte. Sin embargo, aunque no las

mencione, las penas de azotes y la muerte todavía son opciones judiciales. Los informes indican que desde 1996 rara vez se han utilizado. El informe más reciente de muerte por lapidación data de 1995, de un hombre acusado de reiterados actos de “adulterio y sodomía”. Se informa que es muy difícil de justificar el uso de la pena de muerte en los casos en que el único delito es la sodomía, y se afirma que es una sentencia poco probable. Es más común el castigo de los latigazos.

**2. Dirección de Investigación, Junta de Inmigración y Refugiados, Ottawa, “Irán, 20 de enero de 2003: Actualización de IRN28636.E del 11 de febrero de 1998 relativo a la información sobre la situación de los homosexuales y si en la práctica se aplican sanciones legales contra la homosexualidad” (Versión en japonés)**

(Citas)

La homosexualidad sigue siendo ilegal y se sanciona con la pena de muerte en Irán (ILGA 10 de octubre de 1999; BBC, 19 de julio de 2002; The Irish Times, 23 de junio de 2001; AFP, 20 de junio de 2001; ídem, 25 de marzo de 2001). Sin embargo, entre las fuentes que consultó la Dirección de Investigación no se encontraron informes de personas sancionadas por homosexualidad.

(...)

Practicar la sodomía con un menor también está prohibido y se castiga con 74 azotes (ídem; AFP, 20 de junio de 2001). En julio de 2002, la BBC informó que, de acuerdo con un periódico iraní, un hombre que fue declarado culpable de violar y matar a su sobrino de 16 años de edad fue condenado a muerte “siendo lanzado por un acantilado dentro de un saco” (19 de julio de 2002). El artículo afirmaba que “se cree que si el hombre sobrevive a la caída en un precipicio rocoso, debe ser ahorcado” (traducción libre) (ídem). El hombre tenía 20 días para recurrir la sentencia (ídem).

El artículo de la BBC también indicó que, según algunos activistas, “los medios de comunicación en Irán tienden a retratar como violadores y pederastas a los homosexuales que son detenidos” (traducción libre) y esa ignorancia social hacia la homosexualidad es prevalente (19 de julio de 2002). El artículo también señaló que los homosexuales “son reprimidos por sus propios familiares y parientes” (traducción libre) (BBC, 19 de julio de 2002).

Durante una sesión especial de la Asamblea General ONU sobre el VIH y SIDA, que se celebró en Nueva York en junio de 2001, los delegados de Irán estuvieron entre los que criticaron “cualquier reconocimiento de las minorías sexuales” (traducción libre) (Human Rights Watch 2002). El documento final aprobado por la Asamblea General “no incluyó ninguna referencia explícita a personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales a pesar del hecho de que las minorías sexuales están en un riesgo mayor de infección por VIH en muchos países” (traducción libre) (ídem).

En noviembre de 2001 la Junta de Apelación de Extranjeros sueca decidió emitir un permiso de residencia para un adolescente iraní homosexual, que argumentó supuestos maltratos contra los homosexuales en Irán (AP, 14 de noviembre de 2001). Según la Junta, los “hombres homosexuales y las lesbianas no son perseguidos en Irán pero criticar al país islámico por su tratamiento de los homosexuales es un acto político que puede conducir a la persecución” (traducción libre) (ídem). Específicamente, el portavoz de la Junta declaró que “una persona homosexual (en Irán) no está en riesgo de persecución sólo porque es homosexual... pero se arriesga a sufrir duro castigo, incluso la pena de muerte, si realiza actos homosexuales” (traducción libre) (ídem).

**3. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y Centro Austriaco de Investigación y Documentación sobre País de Origen y Asilo (ACCORD), 11 de junio de 2001. Presentación de Drewery Dyke, con observaciones de Bernard Quah en el séptimo Seminario Europeo sobre información de país de origen, Berlín, 11 y 12 de junio de 2001. “Irán: informe de país”. Disponible en inglés en <http://www.ecoi.net>**

(Citas)

La jurisprudencia sin duda ha utilizado las acusaciones de homosexualidad, no obstante la carga de la prueba. Además, ocurre que la homosexualidad se menciona como una de las acusaciones, entre otros delitos, en contra de la parte demandada. Por ejemplo, las acusaciones de homosexualidad han sido utilizadas en juicios injustos, como es el caso de un líder sunita en Shiraz, en 1996/97, a quien claramente se le perseguía por motivos políticos. Hay también otros casos políticos, aunque no en el pasado reciente.

(...)

Con respecto a la elegibilidad y las solicitudes basadas en la persecución por motivos de homosexualidad, deben tomarse en cuenta los siguientes elementos:

Un elemento muy importante en cualquier evaluación es el hecho de que, independientemente de la norma y la carga de la prueba, la sentencia para la homosexualidad es la muerte. Sería inadecuado disminuir la existencia de la pena de muerte con argumentos de una alta carga de la prueba, relativa tolerancia o el hecho de que no existe ningún esfuerzo sistemático para perseguir a los homosexuales.

El elemento subjetivo es esencial. Uno debe considerar caso por caso qué tan intolerable es para los solicitantes de asilo no ser capaces de expresar abiertamente su orientación sexual, no sólo a causa del contexto social sino también porque se les considera contrarios a la ley y la sanción es la pena de muerte.

Uno debe hacer una distinción entre aquellos homosexuales que afirman haber estado activos en Irán y aquellos que han declarado ser activos tras su llegada a un país de acogida. Todavía debe aplicarse el principio de refugiados in situ, si la persona que determina la elegibilidad no tiene un problema con la credibilidad de los solicitantes de asilo.

De reconocerse las solicitudes de los solicitantes de asilo que alegan persecución por motivos de su orientación sexual, obedecerían al temor de persecución debido a la pertenencia a un determinado grupo social.

**4. Centro de Documentación e Investigación del ACNUR, “Documento de antecedentes sobre los refugiados y solicitantes de asilo de la República Islámica de Irán”, de enero de 2001, documento en inglés.**

(Cita)

(p. 35)

4.5 Homosexuales

La ley penal islámica de Irán se ocupa ampliamente de la sodomía, el lesbianismo y el proxenetismo. La homosexualidad está prohibida por la ley islámica y será castigada. La sodomía, definida como “relaciones sexuales con un hombre”, es punible con la muerte si ambas partes “están maduros, en pleno uso de sus facultades mentales y de libre voluntad” (traducción libre), 310. Se debe demostrar por cuatro confesiones del acusado, el testimonio de cuatro “hombres justos” que hubieran presenciado el acto, o a través del conocimiento de un juez de la sharia “derivado de métodos tradicionales”. Si el acusado se arrepiente antes de que declaren los testigos, la pena “será anulada”.

El Ta’azirat de noviembre de 1983 (válido para junio de 1996) establece las penas de prisión de uno a 10 años y hasta 74 azotes. También se puede decretar la pena de muerte si el acto se considera “un acto contra Dios y corrupción en la tierra” (traducción libre).<sup>313</sup> Desde junio de 1996, el Ta’azirat revisado omite la amenaza directa de azotes o la pena de muerte, pero puede imponer el cierre de los locales donde se produjo el acto. El lesbianismo, definido como “homosexualidad para las mujeres por los genitales” (traducción libre), es punible por cientos de latigazos para cada una de las partes y la muerte en la cuarta ofensa. El informe más reciente de ejecución corresponde a la muerte por lapidación de un hombre en 1995, acusado de repetidos actos de “adulterio y sodomía”.

IV. Otra información pertinente sobre la práctica estatal

**Comité *ad hoc* de Expertos sobre Aspectos Jurídicos del Asilo Territorial, los Refugiados y los Apátridas (CAHAR), *Respuestas al cuestionario sobre solicitantes de asilo gays y lesbianas, 2001, documento en inglés:***

(Citas)

País: Canadá

3. ¿En Canadá la persecución de los homosexuales se considera como persecución por motivos de pertenencia a un determinado grupo social en virtud del artículo 1A de la Convención de Ginebra?

Sí. Los principios básicos que rigen la aplicación de la definición de refugiado de la Convención en materia de orientación sexual se derivan de la decisión de 1993 de la Corte Suprema de Canadá en *Canadá (Fiscalía) c. Ward*, en inglés. En *Ward*, el Tribunal Supremo de Canadá se pronunció sobre el significado atribuido al término “determinado grupo social”. El Tribunal declaró como sigue:

El significado asignado a “determinado grupo social” en la ley de (inmigración) debe tener en cuenta los temas generales subyacentes de la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación que constituyen la base para la iniciativa de la protección internacional de los refugiados.

El Tribunal identificó tres posibles categorías de determinado grupo social:

- a. grupos definidos por una característica innata o que no se puede cambiar;
- b. grupos cuyos miembros se asocian voluntariamente por razones tan fundamentales para su dignidad humana que no deben ser obligados a abandonar la asociación; y
- c. grupos asociados por una anterior condición voluntaria, inalterable debido a su permanencia histórica.

La Corte, a continuación, declaró que:

La primera categoría podría abarcar a individuos que temen persecución por motivos de género, antecedentes lingüísticos y orientación sexual.

Como resultado de esta decisión de la Corte Suprema de Canadá no se cuestiona que los homosexuales, lesbianas y bisexuales puedan constituir un determinado grupo social a los efectos de la definición de refugiado de la Convención.

Cuando hay persecución a causa de la orientación sexual (real o presunta) de una persona ¿las autoridades de Canadá conceden la condición de refugiado o algún tipo de protección subsidiaria? ¿Qué consideraciones se aplican?

En caso de que la División de Refugiados determinara que hay “fundado temor de persecución” por motivo de la orientación sexual, al solicitante se le reconoce la condición de refugiado. La persona tendría derecho, por lo tanto, a solicitar residencia permanente en Canadá. Si a la persona se le negara la condición de refugiado, pero temiera los riesgos a su regreso (riesgo para la vida, trato inhumano o sanciones extremas), podría solicitar que funcionarios de Ciudadanía e Inmigración de Canadá llevaran a cabo una revisión posterior a la determinación. Si la persona se encontrara en riesgo, tendría derecho a solicitar residencia permanente. En el caso de que la persona no se encontrara en riesgo, como un último recurso podría solicitar permanecer en Canadá por motivos compasivos y humanitarios.

5. ¿Existe jurisprudencia sobre cuestiones relativas a la persecución por razón de la orientación sexual (real o presunta) de una persona? En caso afirmativo, sírvase dar detalles, por favor.

Sí. Empezamos a desarrollar la jurisprudencia durante los años noventa, incluidas las decisiones de la Corte Suprema de Canadá y el Tribunal Federal del Canadá.

En Ward, la Corte Suprema de Canadá se pronunció sobre la definición de “determinado grupo social” y también sobre el significado del término “persecución”. La Corte se basó en el marco interpretativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y rechazó la opinión de que la “persecución” requiere un elemento de complicidad del Estado. Como resultado de esta decisión, el problema importante en las solicitudes donde el perseguidor es un agente no estatal es la disponibilidad de una protección significativa del Estado. Como con todas las solicitudes, los casos relacionados con la homosexualidad se deben analizar en sus méritos individuales.

#### Discriminación que asciende o no a persecución

Debido a la naturaleza de las solicitudes basadas en la orientación sexual, a menudo se hace una distinción entre persecución y la discriminación que no asciende a persecución. La discriminación tiene que ser persistente, sistemática o repetitiva para ascender a persecución. Por ejemplo, se ha reconocido el fundado temor de persecución en un país donde la homosexualidad todavía se considera una enfermedad mental y la discriminación social existe en una escala muy grande (...)

#### Persecución y la protección y complicidad del Estado

Cuando la homosexualidad es ilegal y punible, con sanciones tales como la prisión, la División de Refugiados tiende a determinar que los demandantes tienen fundado temor de persecución. La Junta debe examinar la existencia de protección del Estado. En Ward, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que “el demandante debe confirmar de manera clara y convincente la incapacidad del Estado [de] protegerle” (traducción libre). Un solicitante que está sometido a tratos degradantes y violentos y que tiene poca o ninguna reparación si intenta implicar a funcionarios de policía o políticos puede encontrar protección si la División de Refugiados considera esto equivalente a complicidad del Estado. Las violaciones de los derechos humanos de las minorías sexuales, cometidas por miembros de la policía o militares (detención arbitraria y detención, tortura y asesinato) proporcionan una base objetiva para el reconocimiento del temor del solicitante a la persecución. Por el contrario, para un país donde la homosexualidad no es ilegal, donde parece haber tolerancia y las pruebas documentales indican que hay conocidas comunidades gay en muchas ciudades grandes, la División de Refugiados podría tender a concluir que el demandante podría enfrentar discriminación, pero no una grave posibilidad de persecución.