

II. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**EL DERECHO DE ASILO POR
MOTIVOS DE ORIENTACIÓN
SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO**

JOSÉ DÍAZ LAFUENTE

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. 2.1. Elemento subjetivo: la orientación sexual y la identidad de género como elementos de pertenencia a un determinado grupo social. 2.2. Elemento objetivo: la naturaleza y los actos constitutivos de persecución. 2.3. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género. 2.4. El derecho de unidad familiar y a la extensión familiar de las personas refugiadas y beneficiarias LGBTI. 3. EL DESARROLLO NORMATIVO COMUNITARIO SOBRE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO Y LAS CONDICIONES DE ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES LGBTI. 3.1. La Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. 3.2. La Directiva de 2013/33/UE que establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional. 4. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. 4.1. Análisis casuístico de la solicitud de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. 4.2. Prioridad del elemento objetivo sobre el elemento subjetivo de la norma. 4.3. Requisito de verisimilitud del relato para la admisión a trámite de las solicitudes de asilo. 4.4. Principio jurisprudencial de indicios suficientes para la prueba del relato. 5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. 5.1. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013. 5.2. Los recursos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. CONCLUSIONES

Fecha recepción: 28.01.2013
Fecha aceptación: 14.11.2013

EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

JOSÉ DÍAZ LAFUENTE

Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN

La orientación sexual y la identidad de género son motivos de discriminación, de estigmatización y de persecución en todas las regiones del mundo. En la actualidad, las legislaciones penales de 76 países criminalizan los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo con penas que abarcan desde la multa y las penas privativas de libertad hasta la pena de muerte¹.

De acuerdo con el único informe realizado hasta la fecha en el seno de las Naciones Unidas sobre la orientación sexual y la identidad de género,² es global y constante el registro de episodios de violencia homófoba o transfoba, tanto

¹ En 5 países; Arabia Saudí, Irán, Yemen, Mauritania y Sudán, y en algunas regiones de Nigeria y de Somalia, los actos homosexuales son castigados con pena de muerte ITABORAHY, L. y ZHE, J. Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo. ILGA - Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales. 8.ª d. Mayo de 2013. Disponible en: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2013.pdf

² NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A_HRC.19.41_Spanish.pdf. p.9.

física; asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales, como psicológica; amenazas, ofensas y coacciones. El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias se ha referido periódicamente a casos de personas amenazadas o asesinadas debido a su orientación sexual o identidad de género³. Además, como han constatado diferentes organismos internacionales⁴, las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales son también víctimas de los denominados *crímenes de honor* y los defensores de derechos humanos de las personas LGBTI son perseguidos y amenazados en diferentes países⁵. Como ha denunciado el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, a los miembros de las minorías sexuales se les somete reiteradamente a torturas y a otros malos tratos *porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo*⁶.

A pesar de que no existan informes oficiales sobre el número de personas LGBTI que solicitan asilo, se estima que son miles las personas que piden asilo cada año en Europa por sufrir persecución por el hecho de ser, de amar o de desarrollar libremente su sexualidad⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, por Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y

³ *Ibidem*. Informes del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: E/CN.4/1999/39, para. 76, A/HRC/4/20 and Add.1, A/HRC/4/29/Add.2, A/HRC/11/2/Add.7, A/HRC/14/24/Add.2 and A/HRC/17/28/Add.1.

⁴ *Ibidem*. p. 10. Crímenes perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que han sido causa de vergüenza o deshonor para la familia, a menudo por transgredir las normas de género o por determinadas conductas sexuales, incluidas las relaciones homosexuales reales o supuestas. A/61/122/Add.1, para. 124, E/CN.4/2002/83, paras. 27-28, A/HRC/4/34/Add.2, para. 19; A/HRC/4/34/Add.3, para. 34. «India: Haryana widows battered to death», disponible en www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13125674 (accessed 28 October 2011); «They Want Us Exterminated: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq», Human Rights Watch report, 19 Agosto 2009; y «Was Ahmet Yildiz the victim of Turkey's first gay honour killing?», disponible en: www.independent.co.uk/news/world/europe/was-ahmet-yildiz-the-victim-of-turkeys-first-gayhonour-killing-871822.html.

⁵ *Ibidem*. p.11. La Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos ha expresado profunda preocupación por las «campañas de denigración y amenazas violentas contra los defensores de los derechos de los homosexuales, bisexuales y transexuales». A/HRC/13/22, para. 49.

⁶ En 2010, el Relator Especial observó que, en los centros de detención, solía haber una estricta jerarquía y que quienes se encontraban en el nivel más bajo de la jerarquía, como las personas gays, lesbianas, bisexuales y trans, sufrían una discriminación doble o triple. Informes del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura: 52 A/56/156, para. 19. See also E/CN.4/2001/66/Add.2, para. 199, E/CN.4/2002/76, annex III, p. 11, y E/CN.4/2005/62/Add.1, para. 1019 y 1161.

⁷ S. JANSEN, T. SPIJKERBOER. *Fleeing Homofobia*, Coc Nederland, Vrije Universiteit Amsterdam, September 2011, p. 4.

de la protección subsidiaria, se reconoce la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género como causa para la obtención de la protección internacional. El presente trabajo tiene como objeto el análisis crítico de los elementos constitutivos del derecho de asilo por tales motivos para aportar a la investigación académica reflexiones sobre los desafíos y los conflictos normativos que presenta este derecho desde una doble óptica material y procesal.

Para ello, en primer lugar, analizando el contenido jurídico de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género, se presenta un estudio de los elementos subjetivo y objetivo del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de acuerdo con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y en la Directiva 2011/95/EU, de Reconocimiento. Además, se examinan las garantías del procedimiento y las condiciones de acogida que, sobre la materia, debe incorporar nuestro ordenamiento jurídico a la luz de las Directivas 2013/32/EU de Procedimiento y 2013/33/EU de Acogida, aprobadas por el *paquete de asilo* en junio de 2013.

En segundo término, para conocer los elementos fundamentales que caracterizan el procedimiento de concesión del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en España, se subrayan los criterios y requisitos exigidos por la jurisprudencia española al efecto; entre ellos, el enfoque casuístico, el requisito de verisimilitud y el principio jurisprudencial de indicios suficientes.

Por último, se presenta el estudio de los recursos presentados sobre la materia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se analiza la interpretación realizada, sobre el criterio de discreción y sobre la exigencia de la aplicación efectiva de la norma punitiva sancionadora de los actos homosexuales en el país de origen, por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013.

2. EL CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

El art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece que la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, *pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual*, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.

El análisis del contenido jurídico del derecho de asilo por los motivos de orientación sexual e identidad de género requiere el estudio del elemento subjetivo, o causa de persecución, y del elemento objetivo, los actos que pueden constituir tal persecución. Además, se introduce el contenido de la protección subsidiaria y su concesión por tales motivos y el derecho a la unidad familiar y a la extensión familiar de los efectos de la protección internacional de los solicitantes de asilo LGBTI.

2.1. *Elemento subjetivo: la orientación sexual y la identidad de género como elementos de pertenencia a un determinado grupo social*

La existencia de una persecución debe estar vinculada necesariamente a una de las causas de persecución establecidas por el art. 1. A).2.º de la Convención de Ginebra de 1951. De este modo, la norma circunscribe la orientación sexual y la identidad de género como motivos de persecución considerando que las personas de una determinada orientación sexual o identidad de género pueden conformar un *grupo social determinado*; incorporando a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto por el art. 10.1.d) de la Directiva 2004/83/CE, 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, revisada posteriormente por la Directiva 2011/95/EU.

Para acreditar la pertenencia a un determinado grupo social por parte de las personas LGBTI, la Ley 12/2009, en el art.7.e), establece dos criterios. Por una parte, requiere que los miembros de dicho grupo compartan una *característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse*, o bien que compartan una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella. Por otra parte, señala que dicho grupo debe poseer *una identidad diferenciada* en el país de que se trate al ser percibido como diferentes por la sociedad que lo rodea⁸.

De acuerdo con la corriente doctrinal mayoritaria estos dos criterios, tanto el de la *característica innata o inmutable común* como el de la *percepción social de la identidad diferenciada*, deben operar de forma alternativa y no acumulativa⁹. Esta

⁸ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *BOE* núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art.7.e)

⁹ TSOURDI, E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers*. 2011, p. 9.

es la interpretación que le otorga el ACNUR respecto a la concurrencia de los elementos constituyentes de un determinado grupo social¹⁰.

Por tanto, la Administración debe permitir la concesión de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género atendiendo, caso por caso, a si en el país de origen las personas por ser homosexuales, bisexuales, transexuales o intersexuales, constituyen un determinado grupo social. Para dicha estimación deberán utilizar los criterios definitorios anteriormente citados, tanto el de la de *característica innata o inmutable común* como el de la *percepción social de la identidad diferenciada*, de forma alternativa y no acumulativa.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico sí regule los motivos de orientación sexual y de identidad de género como motivos de persecución susceptibles de protección internacional, la norma acepta la posibilidad de conceder el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria de una forma restrictiva y condicionada. Parece responder el legislador a los temores subyacentes de *efecto llamada* a todas las personas que por motivos de orientación sexual e identidad de género sufran o temen sufrir persecución o de *abuso del derecho* por parte de aquellas personas que o bien no son homosexuales, bisexuales, transgénero o intersexuales o bien no sufren o no temen realmente sufrir tal persecución.

La primera restricción la encontramos en el citado art. 7. e), según el cual puede incluirse la orientación sexual dentro del concepto de grupo social determinado sólo *en función de las circunstancias imperantes en el país de origen*. Esta vinculación del motivo de orientación sexual y de identidad de género a las circunstancias del país de origen exige el conocimiento de la situación de cada país respecto a las personas LGBTI por parte de las autoridades nacionales competentes; lo que en muchas ocasiones ha operado a modo de justificante para denegar sistemáticamente las solicitudes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género por falta de información sobre el país de origen. Además, esta restricción discrimina los motivos de orientación sexual e identidad de género frente a los otros motivos objeto de protección internacional; raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que no recae tal condición en función de las circunstancias imperantes en el país de origen.

La segunda restricción la encontramos en la misma disposición al introducir que *«en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conduc-*

¹⁰ ACNUR. Directrices sobre la protección internacional. N.º 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. Párrafo 44.

tas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español». Este inciso, transcrito directamente de la norma comunitaria, es innecesario, ambiguo y claramente discriminatorio.

En primer lugar, este inciso resulta innecesario por dos motivos. Por una parte, porque la propia Ley 12/2009, en el art. 8, ya prevé entre los supuestos de exclusión, aplicables a todos los motivos de persecución, la comisión de delitos graves comunes. Por otra, porque en el ordenamiento jurídico español ninguno de los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo son considerados como actos delictivos.

En este sentido, además, este inciso es manifiestamente ambiguo porque la orientación sexual en sí misma no tiene por qué implicar ninguna conducta tipificada como delito. Conviene recordar, de acuerdo con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que la orientación sexual designa «*la capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas*»¹¹. La inclusión de este precepto parece responder a una carencia objetiva en la comprensión de la naturaleza y el contenido del término *orientación sexual*, implicando una clara incursión por parte del legislador en prejuicios discriminatorios que parecen vincular indirectamente la orientación sexual con conductas tipificadas penalmente por nuestro ordenamiento jurídico como son los delitos de agresión sexual, abusos, agresiones y abusos a menores de trece años, acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución y corrupción de menores, sobre los que resulta irrelevante, a efectos jurídico-penales, la orientación sexual del que perpetra tales actos delictivos.

Por último, este inciso es también discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución objeto de protección internacional; raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que la norma no requiere tal consideración de conductas delictivas salvo aquellas objeto de exclusión del art.8 de la norma.

¹¹ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea. Informe de síntesis*. 2009. Disponible en: [ttp://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_ES.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_ES.pdf). p. 7.

2.2. Elemento objetivo: la naturaleza y los actos constitutivos de persecución

Respecto al elemento objetivo, la persecución sufrida o que se teme sufrir, la Ley 12/2009, de acuerdo con la normativa establecida por la Unión Europea, establece los elementos definitorios de la naturaleza de dicha persecución, así como una serie de causas que pueden constituir tal persecución.

En primer lugar, los actos que entrañan persecución objeto de protección internacional deben ser suficientemente graves por su naturaleza, o tienen que ser de carácter reiterado, como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales¹². Así lo establece el art. 6 que remite, respecto a tales derechos fundamentales, a *los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Es decir, serán actos constitutivos de persecución aquellos actos que de forma grave o reiterada violen el derecho a la vida, impliquen tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y supongan alguna forma de esclavitud o servidumbre¹³.

El precepto matiza que también podrá ser entendida como constituyente de objeto de persecución la acumulación de varias medidas, *incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar*. Esta disposición es clave para la comprensión del debate doctrinal y jurisprudencial existente en torno a la gravedad exigida en la persecución para la concesión del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El eje central del debate reside en si los actos de discriminación grave que puedan vulnerar derechos sociales básicos como el acceso a la asistencia sanitaria, al empleo o a la vivienda, por motivos de homofobia, bifobia o transfobia, pueden constituir en sí mismos actos de persecución de gravedad suficiente para el reconocimiento de la protección internacional¹⁴.

¹² ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009. Art. 6.

¹³ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 15.2 dispone que la disposición precedente no autoriza ninguna derogación del art. 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los arts. 3, 4.1 y 7.

¹⁴ En este sentido, cabe recordar que el primer instrumento internacional que mencionó la dignidad asociada a los derechos humanos lo hizo justamente vinculándola con los derechos sociales con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: «*a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*».

De acuerdo con la norma comunitaria, los Estados miembros sí deben conceder la protección internacional también en supuestos de discriminación, siempre que en aquellos el grado de discriminación por el que se vulneran los derechos fundamentales sea tal que podría equipararse a la violación del derecho a la vida o a la perpetración de torturas o tratos inhumanos o degradantes; como es el supuesto de la denominada *muerte civil*.

De este modo, GOODWIN-GILL destaca que «*incluso los abusos menos explícitos deberían ser suficientes, dependiendo de su naturaleza y severidad, y especialmente si se prueba su carácter repetitivo*»¹⁵. Es preciso recordar, además, que el propio preámbulo de la Directiva de Reconocimiento, en su considerando decimosexto, hace referencia expresa al artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe todo tipo de discriminación, entre otros motivos, por orientación sexual¹⁶.

En este sentido, de acuerdo con el tenor literal de la Ley 12/2009 se debe entender como constitutivos de persecución también los actos discriminatorios graves. El art. 6 establece en un listado en *numerus apertus* ejemplos que suponen una persecución objeto de protección internacional, entre ellos:

- los actos de violencia física o psíquica, incluidos los *actos de violencia sexual*;
- *las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria*;
- los procesamientos o penas que sean desproporcionados o *discriminatorios*;
- la denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o *discriminatorias*;
- los procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley;
- *los actos de naturaleza sexual* que afecten a adultos o a niños.

En todos ellos subyace el principio de protección frente a los actos que implican discriminación.

¹⁵ GOODWIN-GILL, G., Mc ADAM, J. *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford: Oxford Univ. Press, 2007, at p. 92.

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2001/95/EU. *Op.cit.* Considerando n.º 6

2.3. La protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género

Uno de los grandes avances que ha supuesto la Ley 12/2009, de 30 de octubre, es el reconocimiento de la protección subsidiaria para aquellos nacionales de un tercer país o apátridas que, aunque no reúnan los requisitos necesarios para obtener el estatuto de refugiado, se den motivos fundados para creer que al regresar a su país de origen o, en el caso de los apátridas, al país de su anterior residencia habitual podrían enfrentarse a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en la norma¹⁷.

Tanto el estatuto jurídico de la condición de refugiado como el de la protección subsidiaria implican la concesión de una serie de derechos fundamentales cuyo reconocimiento y ejercicio deben ser garantizados por el Estado receptor. Además de los derechos de no devolución, de información, de residencia, de libertad de circulación y de mantenimiento de la unidad familiar, el contenido de la protección internacional incluye una serie de derechos sociales como el del acceso al empleo, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la educación, a la protección social y a los instrumentos de integración social de inmigrantes¹⁸.

En España, la protección subsidiaria ha sido concedida por las autoridades competentes y por los tribunales en tanto que los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género no conseguían obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado. Dos son los argumentos principales por los que la Administración y los Tribunales vienen reconociendo la protección subsidiaria por motivos de orientación sexual e identidad de género. Por una parte, en aquellos supuestos en los que en el país de origen se penalicen los actos sexuales mantenidos entre adultos del mismo sexo, en los casos en los que no se haya podido probar la perpetración efectiva de la persecución individualizada del solicitante y, por otra parte, de forma más habitual que en los supuestos anteriores¹⁹, en los casos en los que se acredite haber sufrido torturas o riesgo real a poder sufrirlas por motivos de orientación sexual o de identidad de género.

¹⁷ ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *Op.cit.* art. 4. El art. 10 define los daños graves constitutivos de objeto de la protección subsidiaria: «Constituirán daños graves: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

¹⁸ *Ibidem.* art. 36.

¹⁹ TSOURDI. E. ILGA EUROPE. *Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers.* 2011, p. 11

2.4. *El derecho de unidad familiar y la extensión familiar de las personas refugiadas y beneficiarias LGBTI*

Uno de los elementos esenciales del contenido del derecho de asilo es el de la unidad familiar y el de la extensión familiar de los efectos de la protección internacional. La Ley 12/2009, siguiendo la Directiva 2004/83/CE, prevé la extensión de algunos derechos derivados de la protección internacional a los familiares de las personas refugiadas o beneficiarias; particularmente de algunos derechos sociales como el acceso al empleo, a la vivienda o a la atención sanitaria²⁰.

De acuerdo con la nueva versión de la Directiva de Reconocimiento, 2011/95/EU, son *miembros de la familia* del solicitante de protección internacional:

- el cónyuge del beneficiario de protección internacional o *la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o la práctica del Estado miembro en cuestión otorgan a las parejas* no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa referente a nacionales de terceros países,
- los hijos menores de las parejas mencionadas en el primer guion o del beneficiario de protección internacional, siempre que no estén casados, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de conformidad con la legislación nacional,
- el padre, la madre u otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado.

Requiere, además, la citada disposición comunitaria que, a efectos de la extensión de los derechos derivados de la protección internacional, se considere miembro de la familia sólo a aquellos que se encuentren en el mismo Estado miembro en relación con su solicitud de protección internacional siempre que la familia existiera ya en el país de origen, excluyendo, por tanto, lo familiares

²⁰ En la actualidad, el art. 23 de la Directiva 2011/95/EU, en sus apartados 1 y 2, dispone: 1. Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar. 2. Los Estados miembros velarán por que los miembros de la familia del beneficiario de protección internacional que no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección tengan derecho a solicitar las prestaciones previstas en los artículos 24 a 35, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con la condición jurídica personal del miembro de la familia de que se trate.

que se encuentren en el país de origen y las personas con las que se establecen vínculos familiares una vez dejado el país de origen.

Esta cuestión genera una clara controversia normativa e institucional respecto a la posible extensión de los derechos sociales a los familiares de las personas refugiadas o beneficiarias por motivos de orientación sexual e identidad de género y, especialmente, en el supuesto de las parejas del mismo sexo. Dado que la norma remite para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo que mantienen una relación estable a la normativa interna de cada Estado miembro, nos encontramos ante una manifiesta *fragmentación* del contenido del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en función del Estado miembro ante el que se solicite.

Debemos recordar que el reconocimiento de efectos civiles que se le otorga a las parejas del mismo sexo es competencia interna de cada Estado miembro²¹. En la actualidad, tenemos un escenario marcado por las divergencias existentes sobre matrimonio y uniones civiles de parejas del mismo sexo entre los diversos regímenes civiles en la Unión Europea. Sólo 7 Estados miembros reconocen el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y 13 Estados miembros conceden efectos civiles a las uniones formadas por personas del mismo sexo²².

Por lo tanto, según se solicite la protección ante un Estado miembro u otro, la pareja del mismo sexo del solicitante podrá obtener o no la extensión de la protección internacional de la persona refugiada o beneficiaria, en función del reconocimiento que la normativa interna del Estado receptor le otorgue a las parejas del mismo sexo. Esta situación produce un claro supuesto de inseguridad jurídica, que requiere una urgente armonización²³ de la normativa por parte de los diferentes Estados miembros, y de discriminación manifiesta; encontrándonos

²¹ El art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que: «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

²² De acuerdo con el Informe anual de 2013 de Ilga Europe sobre la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales en Europa, se reconoce el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Portugal y Suecia. Según el mismo informe se reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo en Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y República Checa.

²³ El art. 81.3 del Tratado de Lisboa, TFUE, faculta la adopción de medidas concernientes al derecho de familia siempre que revistan transcendencia supranacional. Así dispone que: *las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.*

ante una vulneración del artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que prohíbe todo tipo de discriminación por, entre otros motivos, el de la orientación sexual.

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley 12/2009, en el art.40, dispone que por extensión familiar podrá obtener el derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiada o beneficiaria de esta protección su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia; permitiendo de este modo también a las pareja del mismo sexo del solicitante por motivos de orientación sexual o de identidad de género acceder también a la extensión familiar²⁴.

3. EL DESARROLLO NORMATIVO COMUNITARIO SOBRE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO Y LAS CONDICIONES DE ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES LGBTI

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la citada Directiva 2004/83/CE²⁵, por la que se establecían las 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, la Directiva 2005/85/CE, por las que se establecían las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y la Directiva 2003/9/CE, por la que se establecían las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

Sin embargo, en junio de 2013, la Unión Europea aprobó un nuevo paquete de medidas, el denominado *paquete de asilo*, por el que se modifican los principales instrumentos jurídicos comunitarios con el fin de conseguir la armonización normativa del Sistema Europeo de Asilo Común. Tras la futura incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de las nuevas Directivas, vía norma de traspo-

²⁴ Recordemos, que desde la Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, España es uno de los siete Estados miembros que reconoce el derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo.

²⁵ La Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento, fue modificada por la Directiva 2011/95/EU. El análisis de los principales elementos que incorpora al derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género ha sido incluido en el primer epígrafe del presente trabajo. En primer lugar, incorpora el género como causa de asilo, causa que ya establecía la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y en segundo lugar, establece la extensión familiar y el derecho a la unidad familiar en los términos abordados en el epígrafe 1. V del presente estudio.

sición, se incluirán una serie de garantías tanto del procedimiento de concesión y de denegación del derecho de asilo como de la acogida de los solicitantes de asilo LGBTI. Para presentar un análisis completo del desarrollo ulterior que debe incorporar nuestra legislación en materia de asilo presentamos los principales elementos que, sobre orientación sexual e identidad de género, establecen la Directiva 2013/32/UE de Procedimiento y la Directiva 2013/33/UE de Acogida.

3.1. *La Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*

La nueva Directiva de Procedimiento prevé una serie de medidas que afectan de manera positiva a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. Mucho más sensible que su versión anterior a las cuestiones de género, la nueva Directiva introduce una serie de parámetros mínimos y de obligaciones para los Estados miembros respecto a las garantías necesarias de las personas homosexuales, bisexuales, transgénero e intersexuales²⁶.

En primer lugar, la Directiva requiere a los Estados miembros la adopción de mecanismos de identificación para las personas vulnerables, entre las que incluye a aquellas perseguidas por motivos de su orientación sexual o su identidad de género. La norma define como solicitante *con necesidad de garantías procesales especiales* a aquellos cuya capacidad para beneficiarse de los derechos y cumplir con las obligaciones establecidos en la Directiva es limitada debido a *circunstancias personales*²⁷.

El preámbulo de la nueva versión establece que algunos solicitantes pueden necesitar garantías procesales especiales en función de *su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave o desorden mental*. También afirma que dichas garantías procesales especiales podrán ser requeridas a consecuencia de haber sufrido *tortura o alguna forma de violencia física, psicológica o sexual*. De este modo, cuando un Estado miembro reciba una solicitud de asilo debe comprobar si el solicitante necesita las garantías especiales de procedimiento que enumera la nueva Directiva²⁸. Los Estados miembros deben asegurarse de que

²⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) de 26 de junio de 2013. DOUE L 180/60 29.6.2013. Considerando n.º 12

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/32/UE. *Op. Cit.* Art.2.d.

²⁸ Respecto a la obligación del Estado miembro de identificar a las personas necesitadas de garantías procesales especiales el considerando n.º 29 de la Directiva 2013/32/EU establece que:

las necesidades de los solicitantes LGBTI son atendidas, incluyendo las de aquellos que son identificadas, *ab initio* y durante todo el procedimiento. Este mecanismo de identificación ha sido uno de los objetos de mayor oposición por parte de los Estados miembros y supone uno de los principales logros de la nueva Directiva.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Directiva, la Administración deberá identificar a los solicitantes de asilo que necesiten de las garantías especiales, determinar la naturaleza de dichas necesidades y atenderlas de forma adecuada estableciendo unos procedimientos respetuosos e inclusivos respecto a la orientación sexual y a la identidad de género del solicitante. Esto implica una serie de efectos jurídicos fundamentales para el proceso ya que en aquellos supuestos en los que no se puedan proporcionar tales garantías procesales especiales que las personas LGBTI puedan llegar a requerir, como en los procedimientos en frontera o en aquellos que la norma regula como breves o acelerados, los solicitantes pueden quedar exentos de tales procedimientos. Por esta misma necesidad especial, la norma exige que a los solicitantes LGBTI se les otorguen unas garantías adicionales en aquellos supuestos en los que el recurso contra la denegación no produce efectos suspensivos²⁹.

En segundo lugar, la nueva Directiva de Procedimiento establece como obligatoria la entrevista personal. Esta debe realizarse en todos los supuestos incluso para la determinación de la admisibilidad a trámite de la solicitud, algo que no se realiza en todos los Estados miembros y que es de esencial relevancia para que los solicitantes LGBTI puedan expresar el origen de su persecución. Además, en contra de la práctica de nuestra Administración, la norma comunitaria exige desarrollar un informe detallado sobre la entrevista personal.

En la entrevista personal, además, la Directiva establece que los Estados miembros deben asegurar que aquellas personas encargadas de llevarla a cabo la realicen bajo las condiciones necesarias que permita a los solicitantes presentar el motivo de persecución por el que solicitan asilo *de una manera comprensiva*. Como la práctica evidencia, los solicitantes de asilo LGBTI tienen serias dificultades

«Algunos solicitantes pueden necesitar garantías procedimentales especiales por razón, entre otros, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. Los Estados miembros deben esforzarse por identificar a los solicitantes necesitan garantías procedimentales especiales antes de que se adopte la resolución en primera instancia. A estos solicitantes se les debe prestar el respaldo adecuado, incluyendo el tiempo necesario, a fin de crear las condiciones necesarias para que tengan efectivamente acceso a los procedimientos y puedan presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional».

²⁹ *Ibidem*. Considerando n.º 0 y artículo 24.

tades para expresar su orientación sexual o su identidad de género al pertenecer estos elementos de su personalidad al ámbito de su intimidad y a consecuencia misma del miedo provocado por la persecución institucional, social y familiar sufrida en sus países de origen.

Es por ello que la Directiva dispone, en su art.15.3, que los Estados miembros se asegurarán de que la persona que vaya a celebrar la audiencia sea suficientemente competente para tener en cuenta *las circunstancias personales o generales de la solicitud, incluidas las raíces culturales, e género, la orientación sexual, la identidad de género o la vulnerabilidad del solicitante*. La inclusión de la orientación sexual y de la identidad de género en este apartado es uno de los principales avances que en este ámbito introduce la nueva versión de la Directiva respecto a la anterior.

Para ello, es fundamental que todos los agentes y funcionarios de la Administración que intervengan en el proceso; miembros de la policía, instructores y operadores jurídicos, reciban una formación adecuada inclusiva de la perspectiva de género necesaria para garantizar los derechos fundamentales del solicitante LGBTI. La nueva versión de la norma comunitaria requiere, en este sentido, formación obligatoria para las autoridades competentes, partiendo del Currículo Europeo de Asilo (CEA) de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo³⁰. El art.34. 2 establece, en este sentido, que *los Estados miembros asegurarán que el personal responsable de llevar a cabo las audiencias reciba la formación básica necesaria, especialmente respecto al derecho internacional de los derechos humanos, al derecho comunitario de asilo y a las técnicas para la realización de entrevistas*.

Respecto a la consideración de los llamados terceros países seguros, sobre los que recae una presunción de que en ellos se garantiza el respeto a los derechos humanos, la norma comunitaria establece que esta categorización no debe operar como una garantía absoluta para la seguridad de los nacionales de aquel país³¹. Esto es de suma relevancia para la concesión de la protección internacional a las

³⁰ *Ibidem*. El considerando n.º 6 dispone, en este sentido, que «es esencial que las decisiones relativas a todas las solicitudes de protección internacional se tomen sobre la base de los hechos y, en primera instancia, por las autoridades cuyo personal tenga el conocimiento adecuado o reciba la formación necesaria en el ámbito de la protección internacional».

³¹ *Ibidem*. Señala el considerando n.º 2 que «la designación de un tercer país como país de origen seguro no podrá, a los fines de la presente Directiva, establecer una garantía absoluta de seguridad para los nacionales de dicho país. Por su propia naturaleza, la evaluación que sustenta la designación solo puede tener en cuenta las circunstancias civiles, jurídicas y políticas generales de dicho país y el hecho de si los agentes de la persecución, la tortura, el trato inhumano o degradante o los castigos están sometidos a sanción en la práctica cuando se los considera responsables en dicho país. Por dicho motivo, es importante que, cuando un solicitante demuestre que existen motivos válidos para que no se considere a un país como seguro en sus circunstancias particulares, la designación del país como seguro ya no puede considerarse en cuanto a lo que dicho solicitante se refiere».

personas LGBTI procedentes de los denominados países seguros ya que en muchos ellos, a pesar de su consideración, se constatan altos índices de persecución, abuso físico, psíquico y sexual, actos de violencia y de discriminación grave por homofobia, bifobia y transfobia. La norma establece de forma explícita que cuando un solicitante demuestre que existen válidas razones para considerar que su país no es seguro respecto a sus circunstancias individualizadas, la designación de país seguro no le será aplicable.

Por otra parte, la norma comunitaria prevé otra garantía específica para los solicitantes de protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género respecto a la resolución de denegación de la protección internacional. Tanto la denegación del reconocimiento del estatuto de refugiado como la de la protección subsidiaria para cualquier solicitante deberán ser redactadas por escrito y deberán estar suficiente motivadas tanto en los hechos como en los fundamentos jurídicos. Además, respecto a los solicitantes LGBTI, se exige que la resolución siempre sea individualizada, incluso en los supuestos en los que los solicitantes sean dependientes o familiares unos de otros, para salvaguardar el derecho a la intimidad de los solicitantes³².

Por último, debemos destacar que la nueva Directiva regula, en los arts. 18 y 25. 5, los criterios mínimos sobre otra de las cuestiones que más debate ha suscitado en la doctrina y en las instituciones; el uso de pruebas médicas para acreditar la credibilidad del relato. En este sentido, siguiendo lo dispuesto en el articulado de la norma podemos extraer que las pruebas médicas deben caracterizarse por los siguientes elementos:

1. La obligatoriedad de la prestación del consentimiento voluntario y libre del solicitante. Si el solicitante se negase a proceder a la prueba médica dicha conducta no puede fundamentar ningún indicio de prueba ni afectar a la concesión o denegación de la protección internacional.
2. El absoluto respeto a la dignidad del individuo y a sus derechos fundamentales, tales como el de derecho a la integridad física y psicológica o el derecho a la intimidad. Además la prueba médica deberá ser lo menos invasiva posible.
3. La cualificación profesional médica. El examen médico deberá ser realizado por profesionales médicos cualificados que puedan garantizar la fiabilidad del resultado.
4. La gratuidad de la prueba médica. A menos que el solicitante desee hacerse el examen con otros profesionales o en otro momento al indicado por las autoridades competentes, será el Estado receptor el que corra con los gastos de la prueba médica.

³² *Ibidem.* artículo 11.

3.2. *La Directiva de 2013/33/UE que establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional*

Como el resto de Directivas del nuevo *paquete de asilo* aprobado en junio de 2013, la Directiva 2013/33/UE³³ modifica la anterior Directiva 2003/9/CE por la que se aprobaron las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional en los Estados miembros. La Directiva de Acogida establece las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional asegurando que éstos tengan acceso a una vivienda, a una alimentación adecuada, a atención médica y psicológica, a los servicios de asistencia sanitaria o a un empleo.

La nueva Directiva obliga a los Estados miembros a atender las necesidades especiales de acogida que requieren las personas vulnerables, entre las que se hayan las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. Para ello, los Estados miembros estarán obligados a llevar a cabo mecanismos de identificación de las necesidades especiales de acogida de las personas LGBTI.

La Directiva de Acogida, que establece los criterios mínimos comunes de detención de los solicitantes de asilo, requiere a los Estados miembros que se aseguraren de que todos los derechos fundamentales estén plenamente garantizados en los centros de recepción e internamiento, prestando especial atención a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las personas LGBTI, sobre quienes se disponen garantías específicas que restringen y condicionan su detención³⁴.

Además, el art 18.4 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales, en los locales y centros de acogida. Esta cuestión es fundamental para las personas homosexuales, bisexuales y transexuales que, de acuerdo con un informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa; *muy a menudo los solicitantes LGBTI que se encuentran en los centros de recepción o detención son víctimas de exclusión social, de violencia física y verbal, e*

³³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) de 26 de junio de 2013 DOUEL 180/96. 29.6.2013

³⁴ COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Asuntos de Interior. Página web sobre el Asilo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index_en.htm. Revisada por última vez el 20/06/2013.

*incluso de abuso sexual, principalmente por otros solicitantes de asilo de su mismo país de origen*³⁵.

Por otra parte, la norma prevé la prestación de tratamiento y asistencia médicos y psicológicos respecto a las personas LGBTI que hayan sufrido serios actos de violencia física, psíquica o verbal o torturas o tratos y penas inhumanos o degradantes por su orientación sexual o identidad de género³⁶. Respecto al personal de los centros que trabaje con personas consideradas como vulnerables, la nueva versión de la Directiva les requiere que sigan una continua y apropiada formación y que obedezcan las pertinentes normas de confidencialidad³⁷.

4. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Antes de que los arts. 3 y 7 de la actual Ley 12/2009, de 30 de octubre, recogieran explícitamente la orientación sexual y la identidad de género como motivos para la concesión del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el Tribunal Supremo ya había reconocido la posibilidad de que la persecución por tales motivos pudiera dar lugar a la obtención de protección internacional. Así, las sentencias de 16 de septiembre de 2006 y de 28 de noviembre de 2008 declararon que una persecución desarrollada por las autoridades gubernamentales

³⁵ Cfr. L. P. ITABOHARTY, *Homofobia de Estado, Un Informe Mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo*. ILGA, 2012.

³⁶ En este sentido, el artículo 21 de la nueva Directiva dispone que: «en la legislación nacional por la que se apliquen las disposiciones de la presente Directiva, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina».

³⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. Directiva 2013/33/EU. *Op. Cit.* El artículo 32.1 de la dispone respecto al intercambio de datos sanitarios antes de efectuar el traslado que: «con el único fin de prestar asistencia médica o tratamiento, en particular a las personas discapacitadas, las personas mayores, las mujeres embarazadas, los menores y las personas que han sido víctimas de torturas, violación u otras formas graves de violencia sexual, física y psicológica, el Estado miembro que proceda al traslado transmitirá al Estado miembro responsable, en la medida en que disponga de ella de conformidad con el Derecho nacional, información sobre las necesidades especiales de la persona que deba ser trasladada que, en determinados casos específicos, incluirá información sobre el estado de salud física y psíquica de dicha persona. La información se transmitirá mediante un certificado médico común junto con los documentos necesarios. El Estado miembro responsable garantizará que se atiendan adecuadamente esas necesidades especiales, incluida la asistencia médica que se requiera».

contra una persona por razón de su homosexualidad puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la, entonces vigente, Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre.

Siguiendo un estudio publicado por la Comisión de Ayuda al Refugiado de Euskadi (CEAR-Euskadi), que analiza un total de 110 sentencias emitidas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo sobre el derecho de asilo por motivos de género y de orientación sexual, podemos afirmar que el 80% de los recursos presentados han sido por hombres homosexuales que han sufrido o tienen miedo a sufrir persecución por su orientación sexual³⁸. Estos datos revelan de nuevo la invisibilidad que sufren las mujeres lesbianas en muchos países y la doble discriminación a la que hacer frente por su orientación sexual y por su género. Sólo 5 sentencias del total analizadas sobre género y orientación sexual versan sobre mujeres lesbianas que solicitan asilo por motivo de su orientación sexual.

Respecto al motivo de identidad de género, nos encontramos con una única sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2012³⁹ en la que se ratifica la denegación del asilo a una mujer transexual de Colombia residente en España, claro indicador del limitado acceso de las personas transgénero a la protección internacional debido el alto grado de estigmatización, patologización y persecución que sufren estas personas en diferentes países por su identidad de género. En esta sentencia, además, queda patente el alto grado de falta de comprensión y formación respecto a la orientación sexual y a la identidad de género, al confundir el órgano jurisdiccional ambos términos; lo que además manifiesta la escasa visibilidad de las personas transgénero en el plano normativo y la limitada especificidad de su subjetividad jurídica.

Para complementar el estudio del derecho a la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género se hace necesario deducir una serie de elementos y principios establecidos por la jurisprudencia española que rigen la práctica en la Administración y en los Tribunales respecto a los procedimientos de concesión y denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por tales motivos.

³⁸ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. EUSKADI. *Persecución por motivos de género y derechos de asilo: del contexto global al compromiso local. El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales* De las 76 sentencias emitidas por la Audiencia Nacional 39 son por denegación de asilo, mientras que de las 34 sentencias emitidas por el Tribunal Supremos 26 versan sobre la inadmisión a trámite.

³⁹ AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso. Sección 8.ª Sentencia de 13 de junio de 2012 Recurso número 535/2011.

4.1. *Análisis casuístico de la solicitud de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*

Atendiendo al reconocimiento del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, podemos señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo el análisis casuístico de cada caso en función de las circunstancias del contexto social. Así, la STS de 21 de septiembre de 2012⁴⁰ resume en dos los criterios determinantes para la concesión del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género; primero, que se dé un contexto social grave de desprotección y de persecución por motivo de su orientación homosexual y, segundo, que se examine de forma individualizada para considerar acreditada una persecución por tal razón para que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado⁴¹.

La doctrina jurisprudencial destaca la relevancia del análisis casuístico requiriendo que se atiendan a las circunstancias de cada caso a la hora de determinar si concurren indicios suficientes sobre la existencia de una persecución por razón de la orientación sexual o de la identidad de género del solicitante. *A sensu contrario*, pueden existir hechos o supuestos que en principio no parecen constitutivos de una persecución protegible, pero que examinados en profundidad, permiten apreciar que *bajo la apariencia superficial de problemas extraños a la institución del asilo, realmente subyace a ellos una auténtica persecución amparada en la Convención de Ginebra*⁴².

A modo de ejemplo, en la sentencia anteriormente citada, el Tribunal entendió que no concurrían indicios suficientes para creer en la veracidad del relato de persecución expuesto por un recurrente homosexual de nacionalidad cubana, a pesar de que en otra sentencia anterior (STS de 13 de diciembre de 2007) **sí había reconocido** el derecho de asilo a otro nacional cubano por razón de su

⁴⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª. Sentencia de 21 septiembre 2012. RJ 2012\8940.

⁴¹ Este análisis casuístico de la solicitud en función del contexto social grave de desprotección y de persecución ha sido también destacado por la sentencia de 16 de junio de 2011 que estimó que: «[...] Se ha de examinar cada caso de forma individualizada y determinar si, en definitiva, puede considerarse acreditada (al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia y a la vista de los elementos probatorios aportados por el solicitante de asilo) una persecución por tal razón que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado. [...]» TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª. Sentencia de 16 de junio de 2011 RJ. 125/2010.

⁴² TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico. Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias) 2009-2012. p. 11

orientación sexual en función a las causas específicas del recurrente. Así señaló el Tribunal que:

*{...} valorando casuísticamente las circunstancias concurrentes, consideró que el actor había justificado su condición de homosexual y la exclusión del servicio militar cubano por esa razón, y que el ACNUR había informado que la homosexualidad estaba castigada en Cuba como un delito, sin que, frente a estos datos, constara ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración que permitiera rebatirlos o desvirtuarlos {...}*⁴³.

4.2. Prioridad del elemento objetivo sobre el elemento subjetivo de la norma

La doctrina jurisprudencial ha reiterado en diferentes ocasiones que para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado es preciso que los actos de persecución expuestos en el relato del solicitante se refieran a hechos dotados de una significativa trascendencia, pues los acontecimientos puramente episódicos, aislados y/o de escasa relevancia carecen de entidad suficiente para merecer la consideración de una persecución protegible⁴⁴. En este sentido, se pronuncian las STS de 25 de noviembre de 2005 y de 10 de febrero de 2006.

El ACNUR, por el contrario, ha señalado que *aunque las medidas de discriminación no sean, en sí mismas, de naturaleza grave, puede producir de todos modos un miedo razonable de sufrir persecución si producen, en la mente de la persona en cuestión, un sentimiento de inseguridad respecto a su futura existencia*⁴⁵. De este modo, el ACNUR establece que los Estados deben atender no sólo a las condiciones sociales o jurídicas de sufrir persecución en el país de origen, como puede ser la posible regulación punitiva de los actos homosexuales, sino que, además, deben atender al temor a sufrir persecución del solicitante. A este respecto, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de octubre de 2009, estimó que *el «temor a ser perseguido»* es un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es suficiente

⁴³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 13 de diciembre de 2007. RJ n.º 4529/2004.

⁴⁴ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico J. P. Quintana Carretero.(Coord.) *Op.cit* p. 13.

⁴⁵ ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal. Dirección de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. 21 de octubre de 2008.

si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor⁴⁶.

A estos efectos, resulta necesario analizar el impacto que sobre la jurisprudencia tiene la tipificación existente sobre los actos homosexuales mantenidos entre adultos en los sistemas normativos penales del país de origen.

Por una parte, la falta de criminalización oficial en el país de origen ha dado pie a que la Audiencia Nacional, en un primer momento, entendiera que no existe persecución o temor a sufrirla por causa de la orientación sexual o la identidad de género del recurrente⁴⁷. Afortunadamente, esta postura ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que el hecho de que en el país de origen no sean tipificados como delito los actos homosexuales mantenidos entre adultos no implica que no pueda existir persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género. Destacamos, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 que, respecto a un homosexual de Moldavia, estimó que: [...] *aún después de la derogación de las leyes de represión de la homosexualidad, los ciudadanos de Moldavia con esta orientación afectivo-sexual siguen siendo objeto de malos tratos por las Fuerzas de Seguridad, además de resultar discriminados en diferentes ámbitos de la vida social.* [...] ⁴⁸.

Por otra parte, respecto a las personas LGBTI que provengan de aquellos Estados en los que se criminalicen los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, el criterio general prevalente en la doctrina jurisprudencial española es que aunque el sistema normativo castigue con penas de cárcel e, incluso, con pena de muerte, no es criterio suficiente para determinar el elemento objetivo de la norma; siendo necesario para ello probar indiciariamente la efectiva persecución de la persona que presenta la solicitud.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo estimó en la sentencia de 21 de septiembre de 2012 que para que la concesión del derecho de asilo resulte justificada es preciso que se acredite no solo la situación de inseguridad en el país

⁴⁶ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 9 de octubre de 2009. RJ. 233/2006.

⁴⁷ Así, la sentencia de 4 de julio de 2007, sobre el recurso interpuesto por un hombre homosexual procedente de Croacia, señaló que: [...] *Si el recurrente llegó a nuestro país y lo hizo, según su relato, por temor a ser perseguido en su país de origen por razón de su homosexualidad no se entiende la razón ya que en Croacia la homosexualidad está despenalizada e incluso recientemente se ha presentado en el Parlamento una proposición de Ley para legalizar las unión de hecho entre personas del mismo sexo* [...] AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso. Sección 8.ª Sentencia de 4 de julio de 2007. Recurso número 118/2007

⁴⁸ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 30 de noviembre de 2005. RJ. 6006/2002

de origen, sino que ello se manifieste de manera directa sobre el interesado en el sentido que ante tales amenazas no encuentre protección adecuada y suficiente de las autoridades del país; *lo que podría resultar de un denuncia o petición del mismo ante dichas autoridades que permitiera valorar la actitud de las mismas y también el alcance subjetivo de la situación*⁴⁹.

Por su parte, la Audiencia Nacional, en sentencia de 7 de noviembre de 2008, estimó respecto al recurso de un argelino homosexual que, aunque se criminalicen en tres artículos distintos del código penal argelino los actos sexuales entre personas del mismo sexo, no es suficiente para probar que de forma efectiva exista la persecución o el miedo a sufrirla⁵⁰.

Esta postura jurisprudencial resulta manifiestamente contraria al espíritu mismo del derecho de asilo creado para dar protección a aquellas personas perseguidas en su propio Estado. El hecho de que una sistema penal criminalice la conducta o identidad sexuales de una persona ya es motivo suficiente para obtener protección internacional aunque la persecución no se perpetre de forma efectiva por los autoridades del país de origen.

El propio el art.6 de la Ley 12/20009, de 30 de octubre, incluye entre los actos constitutivos de persecución las medidas legales y administrativas discriminatorias. Por lo tanto, las leyes que de forma directa o indirecta sancionen las relaciones o los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo constituyen *per se* un acto de persecución. En este sentido, como denuncia la ILGA, una ley punitiva existente aunque no se aplique por el Estado debe considerarse acto de persecución porque *contribuye a la creación de un ambiente de homofobia permitida por el Estado y un clima hostil estigmatizador de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transexuales*⁵¹.

⁴⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 2012/8941.

⁵⁰ AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8.ª Sentencia de 7 noviembre 2008.. Recurso número 48440 {...} *Así, sabemos que la homosexualidad está castigada en el código penal argelino: la homosexualidad como tal en el artículo 58 (de dos meses a dos años, tres si se practica con menores), la sodomía en el artículo 338 (de dos meses a cinco años) y por último el artículo 333 que penaliza de seis meses a dos años los actos contra la decencia, incluyendo como tales los «actos contra natura entre personas del mismo sexo. No obstante, ninguna de las fuentes consultadas informa si recientemente en Argelia ha sido alguien condenado por alguno de estos delitos. Consultada la International Lesbian and Gay Association tampoco nos suministra este dato. Es decir: un homosexual en Argelia puede no tener problemas, la situación no es tal como para considerar que por la mera orientación sexual alguien es, automáticamente, objeto de persecución en Argelia. {...}*

⁵¹ ILGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02/05/2012. p. 2.

La Administración y los Tribunales deben considerar que la mera existencia de un régimen punitivo sancionador posibilita que cualquier agente estatal pueda infligir daño grave contra las personas por su orientación sexual o identidad de género y propicia un ambiente permisivo respecto a las persecuciones y violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes no estatales, en entornos sociales o familiares, contra las personas LGBTI. Además, impide que se pueda solicitar protección ante las autoridades nacionales que, por mandato de la ley, están obligadas a perseguir, sancionar y condenar por los mismo motivos por los que el perseguido pide protección; incurriendo en uno de los supuestos de falta de protección del art.14 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Esta postura jurisprudencial es, además, contraria al criterio establecido por otros tribunales de países europeos y por lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto. En un siguiente epígrafe de este trabajo se presenta el reciente pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, en sentencia de 7 de noviembre de 2013, sobre este punto y sobre el criterio de discreción exigido, directa o indirectamente, por las Administraciones de varios Estados miembros.

4.3. *Requisito de verisimilitud del relato para la admisión a trámite de las solicitudes de asilo*

De acuerdo SANTOLAYA MACHETTI y MIGUEL PÉREZ-MORENO, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido el principio de no exigencia de la prueba en la fase de admisión a trámite, no siendo necesario aportar prueba alguna, «*ni siquiera indiciaria, de la existencia o realidad de las causas que darían lugar al reconocimiento como refugiado*»⁵².

La sentencia de 21 de abril de 2006 del Tribunal Supremo, de este modo, asienta el *requisito de verisimilitud del relato* para admitir a trámite la solicitud de asilo, insistiendo en la diferencia respecto al *principio de indicios suficientes* exigidos para la concesión del asilo, analizado en el siguiente epígrafe. Este requisito de verisimilitud del relato es especialmente significativo para las solicitudes presentadas por personas lesbianas, gays o bisexuales cuya orientación sexual, y la consecuente persecución sufrida o temida por tal motivo, resulta de difícil prueba dado el peligro que implica desarrollar libremente su sexualidad en aquellos países en los que son víctimas de estigmatización, exclusión y criminalización. Según esta sentencia, para la mera admisión a trámite de la solicitud basta, por

⁵² SANTOLAYA MACHETTI, P., MIGUEL PÉREZ-MONEO, A. *El derecho de asilo en la jurisprudencia*. (Julio 2005-Junio 2006) CIBOD. 2007 P.200

lo que se refiere a los requisitos de fondo, que «se describa una persecución y que la solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección»⁵³.

Así pues, para la admisión a trámite de una solicitud de asilo deben concurrir dos requisitos: un requisito positivo, basado en la descripción de una persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género, y un requisito negativo, basado en la ausencia de manifiesta falsedad o inverosimilitud. El propio Tribunal estima que, *aunque la diferencia pueda creerse demasiado sutil, no lo es: la Administración —y, derivativamente, los Jueces y Tribunales— no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución y si es o no manifiestamente falso o inverosímil; basta esto para que la solicitud merezca el trámite.*

Como consecuencia, por la mera declaración de sufrir persecución por causa de la orientación sexual e identidad de género del solicitante, salvo manifiesta falsedad o inverosimilitud, la Administración estará obligada a admitir a trámite la solicitud, debiéndose justificar los indicios suficientes de veracidad sobre los hechos relatados durante el procedimiento. En este mismo sentido, la STS de 22 de diciembre de 2006, sobre la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo de una mujer lesbiana de nacionalidad cubana, estimó que, con independencia de las dudas que su relato puede suscitar sobre si hubo o no persecución, *no puede zanjarse con una resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que, por el contrario, debe zanjarse tramitando el procedimiento y decidiendo finalmente si procede o no la concesión del asilo solicitada*⁵⁴.

Resulta fundamental traer a colación la STS de 12 de abril de 2005 que establece los criterios a seguir para poder apreciar la verisimilitud del relato aportado en la solicitud. Así, en primer lugar, señala que la inverosimilitud manifiesta debe resultar de lo que obre en el expediente administrativo, bien de los datos en sí mismos que en éste se contengan, bien del razonamiento que a tal fin haga la Administración. A continuación, en segundo lugar, destaca la sentencia que las posibles dudas sobre si los hechos, datos o alegaciones son, o no, manifiestamente inverosímiles *no permiten trasladar al solicitante la carga de acreditar que no lo son, sino que obliga a la Administración a admitir a trámite la solicitud y llevar a cabo los actos de instrucción que puedan despejarlas.* La sentencia concluye estableciendo, en tercer lugar, que si esas dudas persisten no le es dable a la

⁵³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 21 abril 2006. RJ 2060.

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 22 diciembre 2006. RJ 8186. En relación con los artículos 17 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995 (RCL 1995, 741).

Administración dictar una resolución de inadmisión a trámite, *sino de apertura de éste a fin de decidir lo que finalmente proceda en la resolución definitiva del expediente*⁵⁵.

Por tanto, en el momento de presentación de solicitud de asilo por haber sufrido o temido sufrir persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género, salvo inverisimilitud manifiesta de los hechos, debe aplicarse una presunción *iuris tantum* de veracidad a favor del solicitante que requerirá el examen posterior de la solicitud y de los indicios presentados; no pudiéndose aceptar el actual rechazo sistemático al que somete la Administración a las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género basándose en una aplicación incorrecta del requisito de verisimilitud de los hechos relatados.

4.4. Principio jurisprudencial de indicios suficientes para la prueba del relato

La concesión de la protección internacional se basa, en una parte esencial, en la valoración subjetiva que sobre el relato expresado por el solicitante realiza la Administración y, en caso de recurso, los Tribunales. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha asentado el *principio de indicios suficientes*; a través del cual es competencia del solicitante probar durante el procedimiento, de forma indiciaria y no necesariamente plena, las circunstancias relatadas por las que solicita la protección internacional. De este modo, la STS de 10 de octubre de 2011 estimó que:

«{...} aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, sí es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.{...}»⁵⁶.

⁵⁵ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia 12 de abril de 2005 RC. 5085

⁵⁶ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 10 de octubre de 2011. RC 3933. Igualmente, la sentencia de 29 de septiembre de 2011 se hace eco de la jurisprudencia reiterada en esta materia, estableciendo que: *«{...} Las alegaciones del recurrente sobre la carga de la prueba no pueden ser acogidas, pues es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que ni la Convención de Ginebra de 1951 ni la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, establecen que las declaraciones de los solicitantes de asilo gocen de presunción de veracidad. Al contrario, la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo interpreta la normativa de Asilo y Refugio en el sentido de que de la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de*

Para analizar el contenido y el alcance del *principio de indicios suficientes* debemos partir de la STS de 24 de febrero de 2010 que define éstos como los *indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad*⁵⁷.

Utilizando el principio de indicios suficientes, en la sentencia de 21 de septiembre de 2012, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación manteniendo la falta de indicios suficientes en el relato de un nacional congoleño homosexual a quien sí se le admitió a trámite la solicitud pero tanto el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, como la Audiencia Nacional estimaron la denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por incongruencia en el relato. El Tribunal Supremo estimó que dado que el recurrente se encontraba desprovisto del menor soporte documental, debería haber desarrollado al menos una actividad probatoria adecuada sobre la situación de su país de origen que permitiera dar por cierto la situación generalizada de hostigamiento social que sufría el colectivo mencionado⁵⁸.

El mismo argumento empleó el Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación de un homosexual procedente de Nicaragua, en la sentencia de 21 septiembre 2012, a quien se le recriminó la falta de acreditación de indicios suficientes de la persecución relatada por razón de su orientación sexual; destacando *que no es suficiente la simple referencia a la conflictiva situación del país de origen*⁵⁹.

En ella reitera el Tribunal Supremo que *es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, la que no es, desde luego, la finalidad de la institución*. Este argumento jurisprudencial pone de manifiesto, una vez más, el miedo de los operadores jurídicos al abuso del derecho de asilo; con la consecuente aplicación del *principio de indicios suficientes* más que como filtro, entre relatos veraces y aquellos de falsedad manifiesta, como

ésta. Ciertamente, para la concesión del asilo bastan indicios suficientes del temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es carga del recurrente aportarlos{...}».

⁵⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 24 de febrero de 2011. RC 1156.

⁵⁸ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 8940.

⁵⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 21 septiembre de 2012. RJ 8941

parapeto que imposibilita un análisis exhaustivo y profundo de la realidad del solicitante.

Dado el alto grado de invisibilidad, ocultismo y estigmatización con el que se vive en algunos países la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad, se hace necesario que tanto la Administración como los Tribunales flexibilicen la rigidez en la exigencia de los indicios. Sería más pertinente, a tenor de la complejidad de la prueba de la orientación sexual del solicitante y de la persecución sufrida por este motivo y por el de identidad de género, la línea jurisprudencial que permite la concesión de la protección internacional, aún a falta de elementos indiciarios, si el relato goza de precisión y coherencia.

Es reiterada la jurisprudencia que admite la posibilidad de tener por cierto el relato del solicitante, aunque el mismo no venga acompañado de prueba alguna que lo sostenga, siempre y cuando concurren una serie de *elementos calificadores* de la veracidad del relato. Así, estimó la sentencia de 29 de abril de 2011 que:

«{...} para que el relato de un solicitante de asilo constituya por sí solo un indicio suficiente de lo expuesto, debe gozar de una precisión, detalle y coherencia tal que permita concluir racionalmente —puesto en relación con la situación social y política del país de origen— que es verosímil aun faltando pruebas añadidas que lo sustenten {...}»⁶⁰.

Este mismo criterio ha sido defendido en las SSTs de 18 de diciembre de 2008, de 16 de junio de 2009 y de 30 de octubre de 2009. Conviene traer a colación, a modo de ejemplo, la STS de 16 de febrero de 2009 que sostiene la posibilidad de reconocer la condición de refugiado o la protección subsidiaria; señalando que si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no estén avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;
- b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;
- c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;

⁶⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.^a Sentencia de 29 de abril de 2011. RC.3986 en relación con las STS de 18 de diciembre de 2008, RC 6141/2005, 16 de junio de 2009, RC 1290/2006, y 30 de octubre de 2009, RC 1063/2006

d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así;

e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante⁶¹.

5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

El 7 de noviembre de 2013 la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la cuestión prejudicial presentada por los Países Bajos respecto a tres casos de solicitud de asilo de tres hombres homosexuales procedentes de Senegal, Sierra Leona y Uganda⁶². La sentencia emitida por el TJUE establece los criterios interpretativos de la normativa comunitaria tanto en relación los efectos que, sobre el reconocimiento de la condición de refugiado y de la protección subsidiaria, tiene la legislación que tipifica como delito los actos homosexuales en el país de origen como respecto al criterio de discreción exigido por las Administraciones de algunos Estados miembros.

El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, a pesar de la extensa jurisprudencia elaborada en materia de derechos humanos y no discriminación por orientación sexual e identidad de género⁶³, aún no ha emitido sentencia alguna respecto al derecho a la protección internacional por estos motivos. En dos ocasiones el TEDH declaró la inadmisibilidad de dos recursos presentados contra la denegación de dos solicitudes de asilo por el motivo de la orientación sexual de dos hombres homosexuales procedentes de Irán (*I. N. N contra los Países Bajos y F. contra el Reino Unido*). En otra ocasión admitió el recurso respecto a la denegación del estatuto de refugiada a una mujer lesbiana procedente de Zimbabue (*D. B. N. contra el Reino Unido*) pero la causa fue sobreseída siguiendo la aceptación del recurso por el Reino Unido. En la actualidad, solo un caso está pendiente de

⁶¹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 16 de febrero de 2009.

⁶² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asuntos acumulados C-199/12, C-200/12, C-201/12.

⁶³ *Cfr.* RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F. Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Constitucional*. N.º 7 octubre 2013.

sentencia (*K. N. contra Francia*) también sobre la inadmisión de solicitud de asilo de un hombre homosexual, en este caso procedente de Irán.

5.1. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013 sobre la protección internacional por motivo de orientación sexual*

El Consejo de Estado de los Países Bajos, órgano supremo jurisdiccional neerlandés, solicitó en 2012 al TJUE que arrojará luz respecto a la interpretación de los arts. 9 y 10 de la Directiva de Reconocimiento 2004/83/CE. En particular, la cuestión prejudicial instó al Tribunal de Luxemburgo que abordara dos cuestiones fundamentales respecto a la protección internacional por motivo de la orientación sexual del solicitante. En primer lugar, le pidió que se pronunciara respecto al denominado *requisito de discreción*, exigido por algunas autoridades de asilo que no otorgan protección internacional en aquellos casos en los que el solicitante pueda ocultar su orientación sexual en su país de origen. En segundo lugar, le solicitó que señalara si la criminalización de los actos sexuales mantenidos entre personas del mismo sexo puede constituir un acto de persecución, o si, en segundo término, además se necesita que la legislación sea efectivamente aplicada; requisito de efectiva aplicación de la norma, o si, por último, se requiere que sea aplicada la norma punitiva con respecto al solicitante; requisito doble de aplicación efectiva de la norma penal y de individualización de la condena.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, sobre los Asuntos acumulados C199/12, C-200/12 y C201/12, supone un gran avance en el reconocimiento de la orientación sexual como causa para la concesión de la protección internacional, estableciendo los criterios a seguir en la aplicación e interpretación de la normativa comunitaria en la materia y favoreciendo la armonización entre las prácticas divergentes entre los Estados miembros.

En primer lugar, respecto al *criterio de discreción*, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo es contundente: «*a la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual*». De este modo, el TJUE pone fin a la controversia doctrinal y normativa respecto a la práctica de las Administraciones de algunos Estados miembros de requerir al solicitante, de forma expresa o tácita, que oculte su orientación sexual en su país de origen para evitar la persecución.

Para ello, el Tribunal presenta la *contradictio in terminis* que implica el criterio de discreción frente a la consideración de la orientación sexual como elemento fundamental de la persona que define a los miembros de un *grupo social determinado*. Estima así la sentencia que: «*es preciso declarar que el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella*»

El art. 10.1.d) de la Directiva de Reconocimiento define a los miembros de un *grupo social determinado* como las personas que comparten una característica común que es tan fundamental a su identidad que una persona *no puede ser forzada a renunciarla*; estableciendo la orientación sexual y la identidad de género como causas determinantes para la constitución de un grupo social. En este sentido, el *requisito de la discreción* es contrario con el citado precepto ya que exige que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero oculten *una característica tan fundamental que no pueden o no se les puede requerir cambiarla*.

De acuerdo con ILGA Europa *la persecución no deja de ser persecución porque el perseguido pueda eliminar o disminuir el daño evitando la acción*⁶⁴. Además, se puede estimar este requisito como claramente discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución; ya que no se exigiría a una persona que huye por motivos políticos o por motivos religiosos que escondiera su ideología política o religiosa en su país de origen para evitar sufrir persecución.

El elemento esencial del conflicto reside en la consideración de la orientación sexual de una persona y de la identidad de género como elementos fundamentales de la personalidad que afectan a *la globalidad de la vida diaria de las personas LGBTI*⁶⁵. Una persona obligada a ocultar su orientación sexual o su identidad de género está obligada a renunciar a una parte fundamental de su intimidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su dignidad como persona; todos ellos derechos fundamentales recogidos por los instrumentos jurídicos internacionales y europeos de derechos humanos. Exigir a una persona que oculte su orientación sexual o su identidad de género supone una clara violación de los derechos humanos de esa persona y es contrario al espíritu mismo de la protección del derecho asilo. En este sentido el ACNUR ha señalado que «*ser obligado a ocultar la orien-*

⁶⁴ ILGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02/05/2012. p. 2.

⁶⁵ *Ibidem*.

tación sexual o la identidad de género, donde es instigada o condenada por el Estado, puede suponer persecución»⁶⁶.

La interpretación de la Directiva realizada por el Tribunal es firme; *«la norma no autoriza a llegar a la conclusión de que el concepto de orientación sexual, al que se refiere la letra d) de esa misma disposición, deba circunscribirse únicamente a los actos relacionados con el ámbito de la vida privada de la persona de que se trate, y no igualmente con los actos de su vida en público. (...) No es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen»⁶⁷.*

En segundo término, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resultado sobre una de las cuestiones de mayor divergencia entre los Estados miembros sobre la materia: el posible efecto constitutivo de persecución de la tipificación como delito de los actos homosexuales en el país de origen. Tres son las diferentes posturas adoptadas entre las Administraciones y Tribunales de los Estados miembros sobre esta materia.

Por una parte, siguiendo la doctrina mayoritaria, para algunos países el hecho de que exista una penalización de la homosexualidad ya es criterio suficiente para entender que en ese país se persigue o se teme la persecución por tal motivo. De este modo, el Tribunal de Casación de Italia declaró que la existencia de normas penales sancionadoras de los actos homosexuales (en el caso de la sentencia; el art 319. del Código penal de Senegal) constituye *«per se una condición general de privación del derecho fundamental de vivir libremente la vida sexual y afectiva de cada uno»⁶⁸* que *«(...)se refleja, automáticamente, en la condición individual de las personas homosexuales poniéndola en una situación objetiva de persecución tal que justifica la concesión de la protección solicitada»⁶⁹.*

⁶⁶ ILGA-EUROPE: ACNUR. *Nota Guía sobre las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. Op. Cit.* p.2.

⁶⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema del Reino Unido que rechazó el requisito de discreción señalando que la cuestión no debe residir en el hecho de si el solicitante puede vivir discretamente en su país de origen sino en si el acto de persecución tendría lugar si el solicitante viviera su orientación sexual o su identidad de género de forma libre. UNITED KINGDOM. SUPREME COURT. Cases HJ-Iran and HT-Cameroon. 2010.

⁶⁸ TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO. Sentencia 15981/2012.

⁶⁹ Con esta sentencia el Tribunal de Casación italiano supera otra previa, la sentencia 16417/2007 que requería para integrar los extremos del hecho persecutorio verificar si «la sanción penal era prevista en relación con la cualidad del agente, y no necesariamente con la práctica que realmente persiguen». De este modo, con la sentencia 15981/2012, el Tribunal supera radicalmente esta diferenciación entre los preceptos penales, reconociendo plenamente que la existencia de sanciones penales representan per se una forma de persecución.

La segunda postura se basa en la exigencia de la aplicación efectiva de la norma sancionadora de actos homosexuales, aunque no se aplique de forma individualizada sobre el solicitante. Sostienen esta postura países como Irlanda, Alemania, Francia o el Reino Unido⁷⁰. Por último, la más exigente de las tres, es aquella postura que requiere no sólo que se aplique de forma efectiva la norma sino, también, de forma individualizada sobre las circunstancias del solicitante. De forma general, este es el criterio empleado hasta la fecha por Dinamarca, Noruega y España.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la norma comunitaria siguiendo la postura intermedia por la que se exige que la regulación punitiva de los actos sexuales entre personas del mismo sexo sea aplicada de forma efectiva. Así, en primer lugar, el Tribunal estima que: *«la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto que afecte al interesado de un modo tan significativo como para alcanzar la gravedad requerida para considerar que tal tipificación penal constituya una persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva.»* De este modo, el TJUE rechaza el argumento establecido por el Tribunal de Casación italiano, y por la doctrina mayoritaria⁷¹, que defiende que la mera tipificación de la homosexualidad como delito sí que debe constituir acto de persecución en cuanto posibilita un ambiente homófobo persecutorio a nivel institucional y social e imposibilita solicitar protección a las autoridades nacionales ante la persecución sufrida por tales motivos.

El TJUE matiza, sin embargo, que: *«la pena privativa de libertad que lleva aparejada una disposición legislativa que tipifica como delito los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, siempre que sea efectivamente aplicada en el país de origen que haya promulgado una legislación de este tipo»*. Por tanto, requiere el Tribunal que se aplique la legislación de forma efectiva en el país de origen, evitando así la utilización como causa de persecución los reductos normativos históricos que en la práctica no se aplican, pero sin exigir que dicha aplicación efectiva recaiga sobre el solicitante en cuestión.

En este sentido, el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, obliga a todos Estados miembros que entiendan como elemento constitutivo de persecución, de acuerdo con el art.9.2. de la Directiva de Reconocimiento, la aplicación efectiva de la norma sancionadora sin individualizarla sobre las cir-

⁷⁰ S. JANSEN, T. SPIJKERBOER. *op.cit.* p. 45

⁷¹ Cfr. ILGA-EUROPE. *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation.* 02/05/2012.

cunstancias específicas del solicitante LGBTI; considerando que ésta aplicación *per se* ya constituye persecución o fundado temor grave a sufrirla.

5.2. *Los recursos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*

En el caso de *I. I. N contra los Países Bajos*⁷², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el recurso presentado por un hombre homosexual procedente de Irán. El recurso alegaba vulneración del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos por el que se establece la prohibición de la tortura⁷³. Mientras el solicitante declaró haber sido arrestado después de haber sido visto besándose con otro hombre en un callejón, el Tribunal de Estrasburgo declaró no encontrar indicios suficientes que le posibilitaran vincular este hecho con el procedimiento criminal interpuesto contra el demandante. En este sentido, el Tribunal entendió que la información aportada «no incluía una situación de persecución activa por las autoridades hacia dos adultos que mantuvieran relaciones homosexuales privadas y consensuadas».

En el caso de *F. contra Reino Unido*⁷⁴, el TEDH rechazó la admisión de un recurso contra la denegación de asilo fundamentado en la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho a la vida privada y familiar⁷⁵. A pesar de que el mismo Tribunal había reconocido previamente en otras sentencias (*Dudgeon contra Reino Unido, Norris contra Irlanda o Modinos contra Chipre*)⁷⁶ que las disposiciones penales de Reino Unido, Irlanda y Chipre que criminalizaban la homosexualidad vulneraban el derecho a la vida privada y familiar, en este caso entendió que *la devolución* de una persona LGB a

⁷² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *I. N. N contra los Países Bajos*. Recurso n.º 035/04. 20 de diciembre de 2004.

⁷³ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 3. Prohibición de la tortura: «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

⁷⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. *F. contra el Reino Unido*. Recurso n.º 17341/03. 22 de junio 2004),

⁷⁵ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8 «: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*».

⁷⁶ S. JANSEN, T. SPIJKERBOER. *Fleeing Homofobia*, Coc Nederland, Vrije Universiteit Amsterdam, september 2011. p. 22

un país donde se criminaliza actos homosexuales no suponía, en sí misma, una vulneración del derecho a la vida privada y familiar⁷⁷. Así pues, aunque reconoció en esta resolución que «*puede ser considerado que la situación general en Irán no promueve la protección de los derechos humanos y que los homosexuales pueden ser vulnerables al abuso*» rechazó, sin embargo, la protección extraterritorial del derecho a la vida privada y familiar; entendiendo que desde una perspectiva puramente pragmática, «*no se puede requerir a un Estado miembro que solo devuelva un sujeto a un país en donde se dé una aplicación efectiva de todos los derechos y libertades establecidas en la Carta*»⁷⁸.

Por último, respecto al caso de *D. B. N. contra el Reino Unido*⁷⁹, concerniente a una mujer lesbiana procedente de Zimbabue, la demandante denunció vulneraciones de los arts. 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La demandante arguyó que en el contexto de una constante propaganda oficial, violenta y sistemática de naturaleza homófoba no era posible disfrutar del derecho a la vida privada siendo forzada a vivir con temor y escondida a causa de su identidad sexual. En este caso, el Tribunal, que sí había admitido el recurso, mediante decisión de 31 de mayo de 2011 sobreseyó la causa por la aceptación del mismo por parte del Reino Unido.

CONCLUSIONES

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, siguiendo la normativa de la Unión Europea, reconoce la orientación sexual y la identidad de género como motivos para la concesión de la protección internacional; considerando tales elementos de la personalidad como constitutivos de un grupo social determinado.

Sin embargo, como se analiza en el presente trabajo, tal reconocimiento se realiza de una forma restrictiva y condicionada poniendo de relieve los temores del legislador de un posible efecto llamada a las personas que por tales motivos sufran o temen sufrir persecución o de un posible abuso del derecho por parte de aquellas que o bien no son homosexuales, bisexuales, transgénero o intersexuales, o bien no sufren o no temen realmente sufrir tal persecución. La regulación del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en el

⁷⁷ CONSEJO DE EUROPA. *Asylum and the European Convention of Human Rights*. Human Rights Files n.º . Council of Europe Publishing, 2010. p. 102.

⁷⁸ S. JANSEN, T. SPIJKERBOER *Op.cit.*, p. 22

⁷⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *D. B. N contra el Reino Unido*. Recurso n.º 6550/10.

art 7.e) manifiesta, además, la carencia objetiva en la comprensión de la naturaleza y el contenido del término orientación sexual, implicando una clara inclusión por parte del legislador de elementos discriminatorios.

El presente estudio sugiere la consideración como actos constitutivos de persecución, además de aquellos de naturaleza grave y carácter reiterado, las medidas y actos discriminatorios; siempre que puedan equipararse a la violación del derecho a la vida o a la perpetración de torturas o tratos inhumanos o degradantes, como es el supuesto de la denominada *muerte civil* generada por la discriminación grave en el acceso y ejercicio a los derechos sociales básicos por motivos de homofobia, bifobia o transfobia.

Otra cuestión controvertida es la aplicación del derecho de la unidad familiar y a la extensión familiar de los efectos de la protección internacional en el caso de las personas refugiadas y beneficiarias LGBTI. En este sentido, dado que la normativa comunitaria remite para el reconocimiento de los efectos de las parejas del mismo sexo que mantienen una relación estable a la normativa interna de cada Estado miembro, nos encontramos ante una fragmentación, a nivel europeo, del contenido del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en función del Estado miembro ante el que se solicite; produciendo un claro supuesto de inseguridad jurídica y de discriminación manifiesta.

Para el estudio de las garantías del procedimiento y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo LGBTI, se ha incorporado el análisis del *paquete de asilo* de la Unión Europea, aprobado en junio de 2013, por el que se modifican los principales instrumentos jurídicos comunitarios con el fin de conseguir la armonización normativa del Sistema Europeo de Asilo Común. Desde la entrada en vigor de la nueva Directiva de Procedimiento, la Administración deberá identificar a los solicitantes de asilo que necesiten de las garantías especiales, determinar la naturaleza de dichas necesidades y atenderlas de forma adecuada estableciendo unos procedimientos respetuosos y garantistas en relación con la orientación sexual o la identidad de género del solicitante. Para ello, se estima esencial que todos los agentes y funcionarios de la Administración que intervengan en el proceso; miembros de la policía, instructores y operadores jurídicos, reciban una formación adecuada inclusiva de la perspectiva de género necesaria para garantizar los derechos fundamentales de los solicitantes LGBTI.

Por otra parte, la nueva Directiva de Acogida, que establece los criterios mínimos comunes de detención de los solicitantes de asilo, obliga a los Estados miembros a asegurarse de que todos los derechos fundamentales estén plenamente garantizados en los centros de recepción e internamiento, prestando especial atención a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las personas

LGBTI, sobre quienes se disponen garantías específicas que restringen y condicionan su detención.

Del estudio de la jurisprudencia española se han deducido los principios que rigen la práctica en la Administración y los Tribunales respecto a los procedimientos de concesión y denegación del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. Destaca, entre ellos, la exigencia del análisis casuístico que requiere que se atiendan a las circunstancias específicas de cada caso a la hora de determinar si concurren indicios suficientes sobre la existencia de persecución.

Por otra parte, de acuerdo con el requisito jurisprudencial de verisimilitud, por la mera declaración de sufrir persecución por causa de la orientación sexual e identidad de género del solicitante, salvo manifiesta falsedad o inverosimilitud, la Administración estará obligada a admitir a trámite la solicitud; debiéndose justificar los indicios suficientes de veracidad sobre los hechos relatados durante el procedimiento y no *ab initio*. En relación con los indicios de prueba aportados, dado el alto grado de invisibilidad, ocultismo y estigmatización con el que se vive en algunos países la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad, se hace necesario que tanto la Administración como los Tribunales flexibilicen la rigidez en la exigencia de los mismos. Sería más pertinente, a tenor de la complejidad de la prueba de los motivos de orientación sexual e identidad de género, la línea jurisprudencial que permite la concesión de la protección internacional, aún a falta de elementos indiciarios suficientes, si el relato goza de precisión y coherencia.

En relación con los solicitantes de asilo LGBTI que provengan de aquellos Estados en los que se criminalicen los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, el criterio general de la jurisprudencia española es que, aunque el sistema normativo condene los actos homosexuales con penas de cárcel e, incluso, con pena de muerte, no es criterio suficiente para determinar el elemento objetivo de la norma; siendo necesario para ello probar indiciariamente la efectiva persecución de la persona que presenta la solicitud. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin embargo, en la reciente sentencia de 7 de noviembre de 2013, interpreta la normativa comunitaria estimando como elemento constitutivo de persecución la aplicación efectiva de la norma sancionadora sin requerir que ésta se ejecute de forma individualizada en el solicitante.

Como última conclusión, en torno a la exigencia del criterio de discreción, en el presente trabajo se estima que, de acuerdo con la comentada sentencia del TJUE, obligar a una persona a ocultar su orientación sexual o su identidad de género es obligarla a renunciar a una parte esencial de su intimidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su dignidad como persona, todo ellos derechos

fundamentales recogidos por los instrumentos jurídicos internacionales y europeos de derechos humanos, así como (en este caso, por mor de la imbricación de los apartados 1 y 2 del art. 10 de la Constitución española) fundamentos del orden político y de la paz social y valores axiológicos sobre los que se sustenta el edificio constitucional español de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- P. ALSTON et al., *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Yogyakarta. 2007.
- L. BERG, *Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants*, *Journal Of Refugee Studies*.
- L. CANTU, *The Sexuality of Migration: Border Crossings and Mexican Immigrant Men*. Edited by Naples, Nancy. and Vidal-Ortiz, Salvador. New York and London: New York University Press.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. EUSKADI, *El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de la mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*. Bilbao. 2009.
- C. DECENA, *Tacit subjects*. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 14(2-3), 339-359.
- S. JANSEN, T. SPIJKERBOER, *Fleeing Homofobia*, Coc Nederland, Vrije Universiteit Amsterdam, September 2011.
- L. P. ITABOHARTY, *Homofobia de Estado, Un Informe Mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo*. ILGA, 2002. http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2012.pdf.
- F. HANNA, *Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims*. *The Yale Law Journal*.
- P. HOJEM, *Fleeing for love: asylum seekers and sexual orientation in Scandinavia*. UNCHR. Policy Development and Evaluation Service. December 2009.
- ILGA-EUROPE, *Statement on pending preliminary rulings by CJEU regarding alleged persecution on the ground of sexual orientation*. 02/05/2012C. KENDALL N. *Lesbian and Gay Refugees in Australia: Now that «Acting Discreetly» Is No longer an Option, Will Equality Be Forthcoming?* *International Journal of Refugee Law* 15(4), 715.
- R. LIDSTONE, S. JORDAN, *Compiled for the Gender and Sexuality Working Group of the Refugee Research Network*. 2012.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., MIGUEL PÉREZ-MONEO, A., *El derecho de asilo en la jurisprudencia*. (Julio 2005-Junio 2006) CIBOD. 2007.

- D. MCGHEE, (2000) *Assessing homosexuality: truth, evidence and the legal practices for determining refugee status- the Case of Ian Vraciu*. Body and Society.
- N. LA VIOLETTE, «*Independent Human Rights Documentation and Sexual Minorities: An Ongoing Challenge for the Canadian Refugee Determination Process*» (2009) 13:2/3 International Journal of Human Rights 437-476.
- J. MILLBANK, «*Gender, Sex and Visibility in Refugee Claims on the Basis of Sexual Orientation*» (2003) 18 Geo. Immigr. L. J. 71. .

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

ACNUR. *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

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

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*. UNCHR. Enero 1992.

ESPAÑA. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Boletín Oficial del Estado n.º 263.

ESPAÑA. Ley 13/2005 de 1 de julio por el que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado n.º 57

NACIONES UNIDAS. Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Asamblea General. A/63/65 de 2008.

UNIÓN EUROPEA. *Manual para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT)*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el recono-

cimiento 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 Diario Oficial n.º L 304 de 30/09/2004 p. 0012 – 0023.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005 *sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*. Diario Oficial n.º L 326 de 13/12/2005 p. 0013-0033.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *I. N. N contra los Países Bajos*. Recurso n.º 035/04. 20 de diciembre de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. *F. contra el Reino Unido*. Recurso n.º 17341/03. 22 de Junio 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *D. B. N contra el Reino Unido*. Recurso n.º 6550/10. 31 de Mayo de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. de 7 de noviembre de 2013, sobre los Asuntos acumulados C199/12, C-200/12 y C201/12.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Gabinete Técnico. Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias) 2009-2012

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 13 de diciembre de 2007. RJ n.º 4529/2004.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 9 de octubre de 2009. RJ. 233/2006.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia 17 de mayo de 2011. RJ 678/2008.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 24 de febrero de 2011. RC 1156.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 8 de julio de 2011.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 8940.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 21 abril 2006. RJ 2060

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 22 diciembre 2006. RJ 8186.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª Sentencia de 25 de julio de 2007. RJ. 8372

AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia de 23 de febrero de 2011. Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo.

AUDIENCIA NACIONAL.. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8.^a Sentencia de 23 de mayo de 2007. Recurso número 412/2004.

AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo Contencioso. Sección 8.^a Sentencia de 13 de junio de 2012. Recurso número 2862.

AUDIENCIA NACIONAL.. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 8.^a Sentencia de 30 de enero 2005 Recurso número 278/2005.

Title:

THE RIGHT TO ASYLUM ON THE GROUNDS OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

Palabras clave:

Derecho de asilo – protección subsidiaria – orientación sexual-identidad de género – reconocimiento – garantías procesales – condiciones de acogida – jurisprudencia – Unión Europea

Key words:

Right to asylum- subsidiary protection- sexual orientation- gender identity-qualification- procedural guarantees- reception- case-law- European Union

Resumen:

El presente trabajo presenta un análisis crítico del contenido jurídico del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. Sugiere que la regulación de este derecho en la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre, opera de forma restrictiva y condicionada e introduce elementos manifiestamente discriminatorios. Además, defiende que, en contra de la práctica de la Administración, los actos de discriminación grave en el acceso y ejercicio a los derechos sociales básicos también pueden constituir el elemento objetivo de persecución. En segundo término, introduce las principales garantías de procedimiento y condiciones de acogida que nuestro ordenamiento jurídico debe incorporar tras el paquete de asilo, aprobado en junio de 2013 por la Unión Europea, en relación con los solicitantes de asilo LGBTI. Por último, a la luz del estudio de la jurisprudencia española y europea, se cuestiona la coherencia y pertinencia en la exigencia de indicios suficientes para la prueba del relato y se rechaza el criterio de discreción desde el enfoque de los derechos humanos.

Abstract:

This essay introduces a critical analysis on the legal content of the right to asylum on the grounds of sexual orientation and gender identity. It is suggested that the regulation of such rights under Spanish Law of Asylum 12/2009 it provides a restrictive and conditioned acknowledgement and introduces explicitly discriminatory elements. Furthermore, it is defended that, against current practice of national Administration, grave discriminatory acts in the access and enjoyment of social rights may constitute the objective element of persecution. Secondly, main procedural guarantees and reception conditions for LGBTI asylum-seekers are studied, under new asylum package approved by the European Union in June 2013. Lastly, according to the analyses of Spanish and European case-law, it is questioned the coherence and pertinence in the requirement of proving evidences and discretion criteria is rejected under the human rights approach.