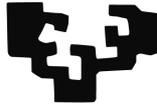


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA
DEL DERECHO

EI DERECHO ESTÁTICO DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO: DERECHO DE ASILO
POR MOTIVO DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL

Tesis doctoral presentada por

Silvia Concha Horrillo

Dirigida por

María Nieves Arrese Iriondo

Iker Barbero González

Bilbao 2017

AGRADECIMIENTOS

A las personas que con diligencia, atención y paciencia me han tutorizado esta investigación, Nieves Arrese Iriondo e Iker Barbero González. Me han aportado conocimiento y energía con su cariño, haciendo posible este trabajo de investigación. Pese a que me ha supuesto un esfuerzo considerable, en ningún momento han dudado de mi capacidad y mis posibilidades.

A mi familia, por el apoyo recibido, no solo personal y sentimental, esencial para mi estabilidad emocional y física, sino también económico, lo que me ha permitido continuar con este proceso de construcción. Y sobre todo y muy especialmente, por haber confiado en mí contra viento y marea, por animarme cuando no podía más, por estar, y volver a estar siempre a mi lado, por haberme hecho persona. Muchísimas gracias mamá por enseñarme que vivir es un arte y que aquí estamos porque somos unas artistas.

A todas las personas que han estado viviendo y conviviendo conmigo. Aunque no se lo crean... sí, ¡he terminado! Gracias a su apoyo he logrado realizar este proceso de investigación y así, podré volver a vivir el día a día fuera de las bibliotecas públicas de Bilbao. Gracias a Josune por dejarme su casa cuando el frío y lluvioso invierno de Bilbao hacían mi casa inhabitable, a Abella Legal por darme trabajo cuando me quedaba sin dinero, a Elva por leer con cariño y atención, a Alejandra por esperarme siempre con los brazos abiertos y a Raúl por sacarme a pintar cuando más lo necesitaba.

Una mención especial en este marco de agradecimientos merecen las personas que me han concedido entrevistas. Alessandra, por su fuerza y su fácil manera de contar las cosas difíciles, por ser trans y refugiada, y por haber estado a mi lado siempre que se lo he solicitado. El relato de su vida me ha enseñado que detrás de lo que yo estudiaba hay personas, y la mejor manera de comprender mis apelaciones teóricas ha sido cuando ella contaba su historia. A Gilberto por concederme una entrevista en su bonito taller de costura del centro de Madrid, por contarme con detalle su proceso de denegación de la condición de refugiado por motivo de orientación sexual y su tediosa vida hasta llegar actualmente a encontrar la estabilidad. Y a Libia, por compartir conmigo sus sentimientos y su dulce dignidad de persona trans procedente de un país musulmán, donde su día a día se hacía insoportable por su deseo de ser ella misma.

Y como ningún proyecto feminista se hace y construye en soledad, gracias a la manada.

Índice de contenido

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	15
0.1. Motivos y motivaciones para la realización de la tesis.....	15
0.2. Estructura de la investigación.....	17
0.3. Acercamiento al asilo en cifras.....	26
1. TEORÍAS FEMINISTAS (CRÍTICAS), TRANSFEMINISMO Y DERECHO.....	35
1.1. Teorías feministas críticas	36
1.1.1. Evolución histórica: del feminismo clásico al transfeminismo actual.....	36
1.1.2. Feminismo poscolonial / postcolonial.....	40
1.1.3. Feminismos chicanos.....	43
1.1.4. Black Feminism.....	45
1.1.5. Feminismos islámicos	48
1.2. Transfeminismo.....	49
1.2.1. Evolución histórica y definición de transfeminismo.....	51
1.2.2. Aspectos clave de la teoría transfeminista relevantes para el Derecho de asilo.....	54
1.2.2.a) Crítica a los discursos heterocentros.....	55
1.2.2.b) Cuestionamiento de los binarismos en el ámbito del Derecho de asilo.....	59
1.2.2.c) Concepción antiesencialista del sexo.....	61
1.2.2.d) Resistencia a la normalización.....	62
1.2.2.e) Alianza con las sexualidades disidentes.....	64
1.2.2.f) Sistema de dominación y poder.....	66
1.2.2.g) Interseccionalidad	69
2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	73
2.1. Objetivos e hipótesis.....	73

2.2. Metodología.....	74
2.2.1. Posicionamiento epistemológico.....	74
2.2.2. Teoría del punto de vista (Stand Point Theory)	76
2.3. Análisis de textos y discursos jurídicos.....	79
2.4. Límites y limitaciones del trabajo.....	80
3. EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	83
3.1. Evolución Histórica y antecedentes.....	84
3.1.1. Orígenes.....	85
3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	88
3.2. Ámbito internacional: Convención de Ginebra de 1951.....	92
3.2.1. Antecedentes histórico-normativos y definición de persona refugiada.....	92
3.2.2. Componentes de la definición de persona refugiada.....	100
3.2.3. Motivos de persecución establecidos en la Convención de Ginebra de 1951.....	107
3.2.4. Discusión teórico-normativa en torno a la Convención de Ginebra de 1951	127
3.2.4.a) Teoría de la interpretación.....	129
3.2.4.b) Teoría de la modificación.....	134
3.2.4.c) Teoría de la inclusión del género como determinado grupo social.....	138
3.3. Normativa internacional relevante en género.....	138
3.4. Normativa de la Unión Europea.....	149
3.4.1. Convención Europea de Derechos Humanos.....	151
3.4.1.a) Definición.....	151
3.4.1.b) Jurisprudencia relevante en el ámbito europeo	154
3.4.2. Otras normativas relevantes para el Derecho de asilo.....	165
4. REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN EL ESTADO ESPAÑOL. .	181
4.1. Evolución histórica y antecedentes.....	184
4.2. Regulaciones relevantes sobre género y orientación sexual.....	187
4.3. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.....	198
4.3.1. Principales incorporaciones.....	199

4.3.1.a) Protección subsidiaria.....	199
4.3.1.b) Motivo de género.....	202
4.3.1.c) Cese y exclusión.....	204
4.3.1.d) Motivo de orientación sexual.....	204
4.3.1.e) Agentes de persecución no estatales.....	205
4.3.1.f) Eliminación de las solicitudes en Embajadas y Delegaciones Consulares.....	207
4.3.1.g) Extensión y reagrupación familiar.....	208
4.3.2. Demás incorporaciones importantes.....	209
4.4. Estudio del borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009.....	210
4.4.1. Tramitación del Proyecto de Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009.....	211
4.4.2. Proyecto de Reglamento de la Ley 12/2009.....	211
4.5. Procedimiento.....	213
4.5.1. Procedimiento ordinario y procedimiento de urgencia.....	215
4.5.2. Solicitud.....	216
4.5.3. Admisión a trámite.....	221
4.5.4. Instrucción.....	223
4.5.5. Resolución	225
4.5.6. Recursos.....	228
4.5.7. Permanencia en el Estado español por razones humanitarias.....	229
5. DERECHO DE ASILO POR MOTIVO DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL.....	231
5.1. Estereotipos y Derecho de asilo.....	232
5.1.1. Estructura de poder en el Derecho de asilo.....	232
5.1.2. Definición y determinación de los estereotipos.....	234
5.1.3. Los estereotipos en el Derecho de asilo.....	238
5.2. Derecho de asilo por motivo de género.....	240
5.2.1. Contexto de la incorporación.....	241
5.2.2. Formas de persecución	243
5.3. Derecho de asilo por motivo de orientación sexual.....	244
5.3.1. Contexto de la incorporación.....	244
5.3.2. Persecución por motivo de orientación sexual.....	248

5.4. Incorporación de los motivos de género y orientación sexual al sistema jurídico nacional.....	254
5.4.1. Circunstancias imperantes en el país de origen.....	255
5.4.2. Homofobia desapercibida.....	256
5.4.3. Entrevistas con tratamiento diferenciado por razón de género.....	257
5.4.4. Extensión familiar por análoga relación de afectividad.....	262
5.4.5. Agentes no estatales.....	265
5.4.6. Persecución cuando los estados de origen no pueden proteger a la víctima.....	267
5.4.7. Persecución producida por lo que “parecen” ser.....	269
5.4.8. Exclusión de personas comunitarias y de países considerados “seguros”.....	269
5.4.9. Solicitudes de asilo por vía diplomática.....	270
5.4.10. Trata con fines de explotación.....	271
5.5. Motivos recurrentes para la denegación de las solicitudes por motivo de género y orientación sexual.....	272
5.5.1. Alternativa de huida interna.....	272
5.5.2. Inverosimilitud.....	275
5.5.3. Falta de prueba suficiente.....	280
5.5.4. Falta de credibilidad.....	283
5.5.5. Procedimiento acelerado de tramitación.....	289
5.5.6. Criterio de discreción.....	290
5.5.7. Transcurso del mes desde la entrada.....	292
5.5.8. Desvelar la orientación sexual o la identidad de género una vez iniciado el procedimiento.....	294
5.6. Consecuencias de la denegación.....	295
5.6.1. Incoación del procedimiento sancionador.....	296
5.6.2. Vulneración del principio de no devolución.....	298
6. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y NUEVAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.	303
6.1. Conclusiones.....	304
6.2. Recomendaciones y nuevas líneas de investigación.....	314

BIBLIOGRAFÍA.....	317
ANEXO I : TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES.....	333
ANEXO II: COMPENDIO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	345
ANEXO III: PUBLICACIONES DEL ACNUR	353
ANEXO IV: RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA.....	357
ANEXO V: PROCEDIMIENTO Y DEFINICIÓN DE ASILO.....	365

ABREVIATURAS

ACCEM	Asociación Comisión Católica Española de Migraciones
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para las personas Refugiadas
AN	Audiencia Nacional
CAR	Centro de Acogida de personas Refugiadas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Comité de Derechos Humanos
CEAR	Comisión Española de Ayuda a la persona Refugiada
CEDAW	Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres (en Castellano CETFDCM)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CG51	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), de 14 de diciembre de 1950
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CLADEM	Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres
DEVAW	Declaración para la Eliminación de la Violencia contra las mujeres
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EASO	Informe sobre los países de origen
ECOSOC	Consejo Económico y Social
EEMM	Estado Miembros de la Unión Europea

HRW	Human Rights Watch
ILGA	International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association
INSTRAW	Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la promoción de la Mujer
LGB	Lesbianas, Gays, Bisexuales. Cuando las siglas van referidas a la orientación sexual.
LGBT	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales. Forma más tradicional de referirse a la orientación sexual y la identidad de género en general. Sin especificaciones. Forma utilizada por las instituciones cuando se refiere a este colectivo.
LGBTTIQ	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero, Transexuales, Intersexuales y <i>Queer</i> .
LOIHM	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
MGF	Mutilación Genital Femenina
OAR	Oficina de Asilo y Refugio. Ministerio del Interior. Gobierno de España.
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSeIG	Orientación Sexual e Identidad de Género
OUA	Organización para la Unidad Africana
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

PNY67	Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Del Protocolo tomaron nota con aprobación del Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI) de 18 de noviembre de 1966 y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967
RAE	Real Academia Española
SDSR	Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SIS	Sistemas Instrumentados de Seguridad
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNIFEM	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer
UPV/EHU	Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
VIH/SIDA	Virus de la Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

INTRODUCCIÓN

0.1. Motivos y motivaciones para la realización de la tesis

Estudiando Derecho sentía un especial interés por el Derecho de extranjería y el Derecho laboral, especialmente por este último. Estudié la carrera combinada de Derecho y Ciencias del Trabajo, pero cuando estaba trabajando en uno de los Sindicatos mayoritarios, denominados así por el número de afiliaciones, descubrí que mi interés estaba basado en un ideal teórico y que la realidad del sindicalismo no me interesaba en absoluto. Finalmente, me decanté por la otra rama que había despertado mi interés durante la carrera, el Derecho de extranjería. El Máster en “Migraciones: Conocimiento y Gestión de los Procesos Migratorios” de la UPV/EHU, me aportó conocimiento sociológico y de derecho. En la tesina final del Máster, sobre “La inclusión legal del estatuto de refugiada por motivo de género”, bajo la dirección de Iker Barbero González, analizamos los casos de las mujeres somalíes que había conocido durante mi estancia en el Institut de Drets Humans de la Universitat de València y un voluntariado realizado en el Departamento jurídico de CEAR (Confederación Española de Ayuda al Refugiado) en Valencia. Esta tesina comenzaba con la frase de Hanna Arendt “los Derechos del Hombre demostraron ser inaplicables allí donde había personas que no parecían ser ciudadanas de un Estado soberano” (Arendt. 1951:371). Para el Doctorado me faltaban créditos de investigación y realicé el Máster en “Derechos Fundamentales y Poderes Públicos” de la UPV/EHU. Como la figura del asilo busca garantizar la dignidad jurídica, realicé la tesina final del Máster sobre “Un derecho estático para un mundo en movimiento”, el Derecho de Asilo y Refugio en el Estado español aplicado a las personas que procedían de la denominada “primavera árabe”. La tesina fue dirigida por María Nieves Arrese Iriondo.

Me planteaba la tesis doctoral, siempre desde el punto de vista de las personas excluidas por la Convención de Ginebra de 1951¹ y partiendo de una base jurídica. Se me abrían dos marcos

¹ 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), de 14 de diciembre de 1950

de actividad: por una parte, estudiar las circunstancias y personas migradas por motivos ambientales y por otra, por motivo de género y orientación sexual. Me decanté por esta última opción, ya que tenía conocimientos teóricos feministas que me enseñaron a sospechar de todo, y que “los paradigmas que se asumen en muchos ámbitos académicos están sustentados en visiones y lógicas masculinas, clasistas, racistas y sexistas” (Curiel, 2007: 93). Comencé a preguntarme ¿por qué se ha incluido en la Ley el motivo de género y orientación sexual? ¿A quién beneficia? ¿A quién incluye? ¿Por qué? ¿A quién ha dejado fuera?

La principal motivación que me llevó a plantearme la posibilidad de realizar una Tesis doctoral fue la injusticia intrínseca del heteropatriarcado y sus graves consecuencias en todos los ámbitos y a todos los niveles. Esta injusticia en el Derecho de asilo es patente, constante y constatable, y tiene graves consecuencias para las personas que no cumplen y no están bajo su rúbrica. Nos pusimos de acuerdo Nieves, Iker y yo y comencé a investigar el Derecho de asilo desde un punto de vista transfeminista.

Me asaltaban los datos, en 2014 el Estado español otorgó protección internacional a 1.585 personas, la cifra más elevada registrada hasta el momento. Un total de 384 personas obtuvieron el estatuto del refugio²; 1.199 lograron la protección subsidiaria y dos nacionales de Argelia lograron la autorización de permanencia por razones humanitarias. La CIAR rechazó la petición de protección internacional de 2.029 personas, el 56,1% del total. Estas cifras están condicionadas por las decisiones sobre los expedientes de personas procedentes de Siria: de allí procedían 122 de las 384 personas que lograron el estatuto y 1.040 de las 1.199 que consiguieron la protección subsidiaria. En cambio, solo se concedió el estatuto de refugiado a 35 personas originarias de África. En el año 2014, de las 1.679 personas procedentes de Siria que solicitaron protección internacional, 650 eran consideradas mujeres. Y del total de 5.947 personas que ese año solicitaron protección internacional, solo 1.923 eran consideradas mujeres³. Hay más de 65 millones de personas desplazadas en el mundo, alrededor de la mitad son mujeres y niñas. En 2016, más de 6.300 personas consideradas mujeres presentaron una solicitud de protección internacional en España y más de 61.000 personas consideradas mujeres llegaron a Europa a través del Mediterráneo. Un 80% de las personas traficadas son consideradas mujeres y niñas. Y una de cada tres mujeres en el mundo ha sido golpeada, maltratada u obligada a mantener relaciones sexuales a lo largo de su vida (CEAR, 8 marzo 2017).

² Hablo del estatuto del refugio intentando mostrar el término genérico por considerarlo más inclusivo. Utilizar estatuto del refugiado me parece poco inclusivo. Como en este trabajo se incluyen otros géneros no binarios, voy a intentar utilizar, siempre que pueda, los términos neutros.

³ Datos obtenidos de la Subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior.

Y ahí se quedaban los datos ofrecidos, en una base binaria, admisión/denegación, hombre/mujer y con unos porcentajes de solicitudes y denegaciones alarmantes. Hay una gestión inadecuada, unas políticas restrictivas basadas en la utilidad social. Las personas que solicitan asilo no generan un beneficio económico y el Estado español reduce su presencia a lo estrictamente necesario. El Derecho de asilo es utilizado para calmar nuestra conciencia y sentimiento de culpa por lo que este mundo nos enseña (Ramón, 2004).

0.2. Estructura de la investigación

Partiendo del análisis del Derecho de asilo en el Estado de destino e investigando las garantías sin victimizar, tratando de ver cuáles son los motivos por los que determinadas personas no encajan en unos parámetros que aún están por definir y considerando que el género y la orientación sexual permiten a las personas “estar” más allá del “ser”, y a nosotras centrarnos en la “situación” de las personas refugiadas y no tanto en su “condición”, llegamos a la afirmación de que nos encontramos ante el derecho estático de las personas en movimiento.

Centrándonos en el Derecho, y más específicamente en el Derecho de asilo y la condición de persona refugiada, son hombres blancos y heterosexuales los que realizan las normas para los hombres, blancos, heterosexuales. Desde una perspectiva histórico-jurídica propuesta por José Díaz Lafuente (2014) encontramos que en la estructura binaria del sistema, el Derecho se encuentra en el lado masculino y del poder, de la superioridad y la heterosexualidad normativa en el lado de las religiones dominantes y las personas del poder.

El asilo tiene un origen eminentemente religioso. Fundamentado sobre el principio de inviolabilidad de los lugares sagrados y sobre la necesidad de limitar los excesos de los sistemas de justicia, que en el Mundo Antiguo cobraron especial importancia, fue asimilado posteriormente por la civilizaciones hebrea, griega, celtibérica y romana (Cornejo, 2005).

El asilo territorial, que es el asilo otorgado en territorio ajeno a la ciudad o país de origen de la persona que está buscando refugio, también encuentra precedentes históricos en los pueblos de la Antigüedad. “El Tratado de Kadesh” es el acuerdo de extradición y tratado de paz escrito más antiguo del mundo. Firmado entre Ramsés II de Egipto y sus vecinos hititas, en el año 1278. a.C, establece la devolución de reos y criminales de carácter político y de refugiados en la zona territorial del contrario con objeto de garantizar la seguridad interna y externa de los imperios

firmantes, poniendo de relieve la práctica consuetudinaria del asilo territorial, ya en aquel momento” (Lafuente, 2014:151).

El primer testimonio escrito del asilo religioso procede de los textos sagrados hebreos. En el Antiguo Testamento se relata que Yahvé ordenó a Moisés que, una vez que el pueblo israelita se instalara en la tierra prometida, debían fundarse seis ciudades destinadas al refugio de los perseguidos.

En Grecia, el asilo es reconocido en templos, altares y demás lugares sagrados como un privilegio derivado de la inmunidad de los lugares sacros. La protección sagrada, fruto del respeto o del miedo a la divinidad que profesaban los griegos, se concedía no sólo al homicida involuntario, al deudor insolvente o al débil, sino que “se extendía también al delincuente común y al político, al soldado vencido, al desterrado, y en general a todos aquellos culpables o inocentes que buscaran el refugio sagrado” (Urquidi, 1981:881).

Estableciéndose la base tradicional de la familia desde la estructura patriarcal, ya establece Platón que el extranjero, de hecho aislado de sus compatriotas y su familia, debe ser el objeto del más grande amor de parte de los hombres y de los dioses. Por ello se deben adoptar todas las precauciones para no cometer ninguna falta contra los extranjeros (Platón, 1872).

Es en Grecia donde el asilo cobra su naturaleza institucional, no solo en el ámbito religioso, sino también en la vertiente territorial. Sin embargo, la integración del asilo en Roma parece responder a una medida necesaria inicial de carácter político y temporal para atraer una cantidad considerable de fuerza de trabajo para la ciudad naciente que fue restringiéndose a medida que tal necesidad era satisfecha (Urquidi, 1981: 882). Es con la conversión al cristianismo cuando el Derecho romano reconoce de forma extensiva el Derecho de asilo. El asilo en el cristianismo residía en la intercesión de los monjes y sacerdotes en favor de los asilados, no para contravenir lo dispuesto por las leyes, sino para “colaborar en la tarea de superación de la legislación penal, la misma que en muchas ocasiones era bárbara y anacrónica” (Urquidi, 1981:883 en Lafuente, 2014: 156).

En este punto resulta relevante subrayar el amplio reconocimiento del asilo en las principales religiones monoteístas. Igual que en el judaísmo y en el cristianismo, el asilo es una institución de sólido arraigo también en el Islam.

“A lo largo de la Edad Media, el asilo mantiene su carácter religioso regulado por el Derecho canónico, con el fin de proteger a los perseguidos de los castigos, generalmente extremos, ejercidos por la justicia civil. Es en la época feudal cuando el asilo religioso se regía por

disposiciones eclesiásticas. A partir de los siglos XIII y XIV, comienza la concepción del asilo como una institución del Estado” (Urquidí, 1981:885). La consolidación del poder civil soberano fue lo que llevó a la denominada “laicización” del Derecho de asilo en Francia (López Garrido, 1991:157 en Lafuente, 2014: 157), mientras que la Reforma en los países protestantes marcaría el inicio del fin de las prerrogativas eclesiásticas sobre esta institución.

Con el nacimiento del Estado moderno se inicia una nueva configuración del asilo. Los tratados de Paz de Westfalia, en 1648, por los que se instaura el Estado nación sobre el principio fundamental de la integridad territorial, regulan las misiones diplomáticas y consagran dos nuevos aspectos en la concepción moderna del asilo: el asilo diplomático y el asilo territorial. El asilo diplomático se caracteriza por ser aquel concedido en las embajadas, consulados y demás misiones diplomáticas en cuanto extensiones del territorio nacional. “El asilo territorial, por su parte, es aquel otorgado en territorio ajeno del país de origen de la persona que está buscando protección y tiene como fundamento jurídico el principio de soberanía territorial” (Lafuente, 2014: 158).

El asilo comenzaba a configurarse como una cuestión jurídica que requería su reconocimiento como derecho y como deber del Estado. Otro factor que contribuyó de manera importante a la desaparición del asilo eclesiástico y a la configuración del asilo territorial y diplomático, fue el proceso de humanización de las penas vivido en Europa a partir del s.XVIII.

El art. 120 de la Constitución francesa de 1793 sería el primer texto constitucional en reconocer el Derecho de asilo. A lo largo del s. XIX, el Derecho de asilo se reconoció ampliamente en diversas constituciones europeas (López Garrido, 1991: 127) si bien su naturaleza se configuraba como un derecho del Estado para acoger a los perseguidos por razones políticas, más que un derecho humano de la persona a obtener protección jurídica frente a determinados supuestos de persecución (Lafuente, 2014).

“El punto de partida de la consideración del refugio como una institución protegida internacionalmente puede encontrarse en el nombramiento en 1921, y a petición del Comité Internacional de la Cruz Roja, del primer Alto comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados, Fridtjof Nansen” (Santolaya, 2001:21 en Díaz. 2014:159). En un primer momento, su mandato abarcaba la asistencia de más del millón de refugiados procedente de la Guerra Civil rusa, pero posteriormente se amplió a griegos, búlgaros y armenios, proponiendo una serie de convenios internacionales para la protección de refugiados en situaciones concretas y el establecimiento de un estatuto legal en los países de acogida, como el de 5 de julio de 1922 sobre los beneficiarios del “Pasaporte Nansen”. En 1938, el Comité Intergubernamental para los Refugiados, encargado de

prestar asistencia a los procedentes de la Alemania nazi, define a los refugiados como aquellas personas “obligadas a emigrar a causa de sus opiniones políticas, de sus creencias religiosas o de su origen racial”, introduciendo por primera vez el elemento causal en la definición de refugiado.

En 1943 se crea la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y de Reconstrucción destinada a ofrecer ayuda a “todas las personas que, como consecuencia de los acontecimientos en Europa, han tenido que abandonar o pueden tener que abandonar su país de residencia por el peligro para sus vidas o libertades como consecuencia de su raza, religión o creencias políticas”. En julio de 1947 se constituye la Organización Internacional para los Refugiados, como organismo especializado no permanente de las Naciones Unidas. La constitución de este organismo aporta “una triple novedad de gran trascendencia en la configuración posterior de la figura del asilo”. En este sentido, en primer lugar, el énfasis pasa de la repatriación de los refugiados a su reasentamiento, contemplándose por primera vez la situación de las personas refugiadas y desplazadas como un problema estable y definitivo. En segundo lugar, el refugio adquiere un carácter manifiestamente individual, siendo necesario que se acredite la persecución sobre la persona que solicita la protección. Por último, supone “el reconocimiento implícito por la sociedad internacional de la imposibilidad de otorgar protección a todas las víctimas de las secuelas de la II Guerra Mundial y la necesidad, en consecuencia, de que se trate de una víctima cualificada del conflicto para tener acceso a este tipo de protección” (Santolaya, 2001: 22). Donde, como dice Wacquant (2000), los inmigrantes son los enemigos convenientes.

Con esta breve evolución histórica contextualizadora, llegamos al punto donde comienza esta investigación, que parte de la Convención de Ginebra de 1951⁴. El estudio se divide en cinco capítulos, más la introducción y las conclusiones donde realizamos unas recomendaciones y abrimos nuevas líneas de investigación que se puedan derivar de la realización de este trabajo.

En el capítulo primero analizamos las principales corrientes feministas críticas, denominadas así porque amplían el marco clásico, centrándonos en el transfeminismo, definido como “movimiento de deconstrucción del género que trata de poner en el centro de los debates feministas la especificidad de la opresión sexual, sin que ésta esté eclipsada por el género” (Solá, 2013:17), la nacionalidad, la etnia, la clase social, la procedencia, la religión o cualquier otra jerarquía entre “nosotras” y “las otras”, “nosotros” y “los otros”. Evidenciamos en este primer capítulo la *norma mítica*, por ser donde residen las trampas del poder de nuestra sociedad.

⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Aprobada 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. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

“En algún lugar, al filo de la conciencia, está eso que yo denomino *norma mítica*, una norma con la que en realidad, sabemos que no nos identificamos. En EE.UU., la definición de dicha norma suele ser: blanco, delgado, varón, joven, heterosexual, cristiano y con medios económicos. Es en esa norma mítica donde residen las trampas del poder de nuestra sociedad. Quienes nos mantenemos al margen del poder solemos identificarnos de una manera que nos hace diferentes y presuponemos que tal identificación es la causa básica de toda opresión, con lo que nos olvidamos de otras distorsiones relativas a la diferencia, algunas de las cuales tal vez practiquemos. En el movimiento de mujeres actual, lo habitual es que las mujeres blancas se centren en su opresión en tanto que mujeres y pasen por alto las diferencias de raza, preferencias sexuales, clase y edad. La palabra *hermandad* lleva implícita una supuesta homogeneidad de experiencias que en realidad no existe” (Lorde, 1980: 3).

Lorde nos da la clave, la homogeneidad de experiencias no existe. Butler amplía y diversifica la comprensión del sujeto, pero no propone la eliminación de conceptos como ‘sujeto’ o ‘mujer’. “Reconociendo la necesidad de estos conceptos en la teoría y en la lucha política para evitar discriminaciones de género” (Butler en Gamero, 2016: 420). Y Preciado preconiza que “Las transfeministas van a sacudir las instituciones para que cada grupo de ‘cuerpos abyectos’ tome la palabra y reclame su propia identidad mediante actos performativos, no normativos, ni normalizantes” (Preciado, 2002:34).

En la orientación sexual “buscamos darle a la sexualidad un lugar visible y no ser una coetilla más en la lista de desigualdades u organizadores sociales de las vidas de las personas que se pierde junto al etcétera. Es precisamente ese etcétera el que nos interesa, donde se pierde nuestra mirada al encontrarse una complejidad a veces difícil de aprehender. Este etcétera representa la imagen borrosa de un sujeto político que no es evidente, ni apriorístico, que se construye en la acción” (Butler, 2007:278-279).

El capitalismo ha influido en la regulación de la sexualidad. La introducción del nuevo sistema productivo requiere establecer nuevas formas de regulación de la población, ya que la ruptura con las anteriores formas de organización social, el traslado masivo del campo a la ciudad y el trabajo en las fábricas había producido una situación de descontrol social. En este sentido, Michel Foucault (1995:49) apunta que la regulación de la sexualidad tiene como objetivo “asegurar la población, reproducir la fuerza de trabajo, mantener la forma de las relaciones sociales, en síntesis: montar una sexualidad económicamente útil y políticamente conservadora”. Y “la gestión de la sexualidad resulta clave ante estas necesidades” (Coll-Planas, 2009: 99).

Con esta base teórica, llegamos al capítulo segundo, en el que establecemos los objetivos de la investigación y la metodología utilizada para la misma. En el análisis documental, partimos de cuál ha sido la forma de hacer ciencia, y de aprobar y aplicar el Derecho de asilo que no queremos

reproducir, y partimos de la teoría del punto de vista transfeminista a la hora de analizar textos y documentación teórica, legislación y jurisprudencia, para llegar a las conclusiones.

En el capítulo tercero analizamos el Derecho de asilo y refugio en el ámbito internacional y europeo, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, donde encontramos regulado lo que se consideran como los derechos humanos básicos y que, como nos dice Javier de Lucas, en la actualidad estar o posicionarse a favor de los Derechos Humanos da legitimidad a los argumentos, por ser estos la idea de justicia (De Lucas, 1994). En esta Declaración Universal encontramos regulado el derecho “a buscar asilo, y disfrutar de él, en cualquier país” (Artículo 14 de la DUDH), así como el derecho de toda persona “a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país” (Artículo 13 DUDH). Tan solo tres años después se aprueba la principal norma reguladora de la materia de asilo y refugio: en Ginebra, 28 de julio de 1951 se aprueba la Convención sobre el estatuto de los refugiados, la cual fue modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, que amplía los parámetros temporales y territoriales de la Convención.

Esta base jurídica cuenta con un amplio consenso internacional⁵ y establece la definición de persona refugiada como “toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.” (Artículo 1. A. 2 de la Convención de Ginebra de 1951). Definición que encuentra muchas teóricas adeptas, pero otras tantas detractoras, porque a pesar de ser una definición amplia y, como hemos comentado, contar con un amplio consenso internacional, data de 1951 y fue aprobada en un contexto social, político y jurídico internacional determinado, dejando fuera muchas personas refugiadas, “encontramos dos impedimentos relevantes para una evolución del Derecho de asilo orientada hacia la inclusión de los supuestos de hecho asimilables a los motivos inicialmente incluidos en el texto convencional, la vaguedad y la rigidez conceptual del marco jurídico de referencia. Así como la falta de voluntad de los Estados de modificarlo. Mientras la rigidez se debe a las dificultades para la modificación de la Convención de Ginebra, la vaguedad exige una interpretación, piénsese en la indefinición de los motivos

⁵ Última fecha de la que tenemos datos a febrero de 2017: la última adhesión fue la de Nauru, el 28 de junio de 2011. El 30 de junio de 2011, el número total de Estados Partes de la Convención de 1951 era de 145, el número total de Estados Partes del Protocolo de 1967 era de 146, así como los Estados partes de la Convención y el Protocolo era de 143.

convencionales o en el propio término de persecución, que ha dado resultados en un doble sentido. Por un lado, ha permitido que en ocasiones extienda la protección de la Convención a estas nuevas realidades, por ejemplo a algunas de las demandas basadas en el género, de otro, se ha interpretado el asilo en ocasiones de modo restrictivo en relación con estas mismas situaciones o similares alegando que *stricto sensu* no tienen cabida en el marco convencional” (Merino, 2016:188).

El imperialismo cultural experimenta cómo los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de nuestro propio grupo al tiempo que estereotipan nuestro grupo y lo señalan como el otro. El imperialismo cultural conlleva la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante, y su posición como la norma” (Young, 2000:103).

Este imperialismo cultural es el aplicado en la Convención de Ginebra cuando seguimos aplicando la Convención de Ginebra de 1951 como paradigma. La inclusión del género y la orientación sexual entre los motivos para la solicitud y concesión del Derecho de asilo modificaría el *statu quo* imperante en la materia y perdería adhesiones. A nivel europeo, en plena construcción del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), sorprende la gran disparidad existente tanto en el tratamiento formal de la protección internacional, como en los criterios utilizados para su determinación. El Estado español es el único país europeo que ha procedido a incorporar dos motivos entre las causas convencionales por las cuales se puede alegar persecución. Así, a partir de 2009 el motivo de género y el de orientación sexual incorporados en la Ley de 30 de octubre resultan un avance para la visibilización. Esta incorporación se hacía de forma independiente al *grupo social determinado*, en cuyo seno se albergan este tipo de demandas en la mayor parte de los Estados miembros. Estudiamos el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos n^{os}. 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos n^{os}. 4, 6, 7, 12 y 13. Así como la jurisprudencia más relevante sobre el género, la identidad de género y la orientación sexual, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). También analizaremos la principal y más relevante normativa en materia de asilo y refugio en el ámbito europeo: el Acuerdo Schengen, mediante el cual se regula la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre los países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. El Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros

de las Comunidades Europeas, Dublín, 15 de junio de 1990 y ratificado por España el 27 de marzo de 1995 y en el que encontramos unos criterios para establecer el Estado que tiene que examinar las solicitudes que presentan las personas que llegan hasta la Unión Europea. El Acuerdo Europeo nº 31 sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Ratificado por España el 2 de junio de 1982. Así como las directivas y reglamento⁶ aplicables y relevantes sobre la materia del Derecho de asilo y protección subsidiaria.

El capítulo cuarto de la investigación lo constituye la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, la inclusión del motivo de género y el motivo de orientación sexual, de los agentes de persecución no estatales, así como la eliminación de las solicitudes en embajadas y delegaciones consulares, donde el motivo de género y orientación sexual solo queda demarcado para estudiado posteriormente con más detenimiento. Además realizamos un breve resumen, contextualizador, sin ánimo de ser exhaustivo, de la legislación nacional y autonómica sobre temas de género u orientación sexual, analizando únicamente las normas que aportan “articulación conceptual” (Solá, 2013:15) relevante para nuestra investigación.

El siguiente apartado de este capítulo lo constituye el estudio del Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009, que en mayo 2017 aún no está aprobado. El procedimiento seguido en el Estado español es determinante y es en el que encontramos una dificultad de análisis debido a su entramado, que analizaremos punto por punto. El estudio del Derecho de asilo debe partir de una comprensión de las movilidades transfronterizas, entre las que se incluyen las corrientes de refugiados y solicitantes de asilo como una manifestación específica de desplazamiento forzado, y la respuesta jurídica que se ha dado desde los ordenamientos. Abordaremos, como dice Merino, “los supuestos de persecución por motivos de género y las solicitudes de asilo. Es decir, cuando las refugiadas huyen por razones de género, o cuando la persecución reviste formas que se basan en estas mismas razones” (Merino, 2016:187).

En el capítulo quinto investigamos el Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual. El primer apartado lo dedicamos a los estereotipos en el Derecho de asilo. El imperialismo cultural se ejerce a través de los estereotipos que establecen que los hombres gays son promiscuos, superficiales, sin capacidad de compromiso, sensibles y delicados. Las mujeres trans son

⁶ Directiva 2011/95/UE del establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Directiva 2013/33/UE de normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Reglamento nº 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por una persona nacional de un tercer país o un apátrida.

estereotipadas como mujeres hiperfemeninas, promiscuas y sin respeto al compromiso, así como prostitutas. Y la invisibilización, que afecta especialmente a lesbianas, hombres trans e intersexuales, que no tienen unos estereotipos tan asentados o directamente no hay una imagen de ellos. La imposición de un imaginario social heterosexista y la homofobia liberal, que acepta a estos colectivos en la medida que se despoliticen, se recluyan en el ámbito privado y reproduzcan las normas de género (Eribon, 1999; Mira, 2004).

En el segundo apartado analizamos el Derecho de asilo por motivo de género, los márgenes del derecho y lo que deja fuera de su ámbito de aplicación. En caso de persecución por motivo de género tiene que seguir el procedimiento: las particulares circunstancias de la reclamación, las condiciones generales del país de origen, la gravedad de los temores, la relación existente entre la persona que reclama y los motivos establecidos en la legislación, el grado de protección estatal disponible y si hay posibilidad de que sea protegida en alguna parte de su territorio, si existe alguna zona segura. Con las connotaciones específicas del género no podemos caer en la tendencia de tratar a las mujeres como un grupo homogéneo, con el fin de enfatizar la manera en que las experiencias han sido marginadas dentro del discurso dominante. Se contrapone la experiencia masculina de persecución con una experiencia de persecución femenina y, de este modo, generalizamos sobre la experiencia de persecución de las mujeres (Mohanty, 1984).

En el tercer apartado estudiamos el motivo de orientación sexual en el Derecho de asilo. Partiendo de la base de que las relaciones homosexuales son delito en 75 países del mundo; en 7 de ellos, Mauritania, Afganistán, Pakistán, Qatar, Emiratos Árabes y en algunas regiones de Somalia y Nigeria, la condena puede ser a muerte. “La homofobia es una actitud de rechazo hacia quienes ponen en cuestión, con sus discursos y sus prácticas los roles de género o las expectativas sociales asociadas a ellos” (Viñuales, 2002:101), de modo que “no afecta sólo a las personas homosexuales, sino también, y muy especialmente a quienes franquean las fronteras del género” (Viñuales, 2002: 113). Otro mecanismo de los procesos de subordinación de las mujeres y de las personas homosexuales es la invisibilización, “el silencio, lejos de ser un factor positivo, refleja el peor de los desprecios, ya que niega la existencia del otro” (Viñuales, 2002: 107).

El paso de los años desde la entrada en vigor de esta legislación nos permite ver con perspectiva cuáles han sido los principales avances y retrocesos que esta ley ha incorporado al sistema de protección internacional, cuál ha sido su aplicación real y qué ha introducido en el compendio regulatorio. A la hora de denegar las solicitudes de protección internacional por motivo de género y orientación sexual encontramos la alternativa de huida interna, la inverosimilitud, la falta de prueba suficiente, falta de credibilidad, criterio de la discreción o desvelar la orientación

sexual o identidad de género una vez iniciado el procedimiento. Las consecuencias de la denegación de la solicitud son el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, siempre al filo de la posible vulneración de principio de no devolución, el más inviolable y blindado de los derechos estudiados.

0.3. Acercamiento al asilo en cifras

Hasta el año 2012 no encontramos un cuadro desagregado por géneros hombres/mujeres en los datos que nos ofrece la OAR y CEAR. En el año 2012 se establece la “evolución de los solicitantes de protección internacional por género” (CEAR, 2012: 226). Las cifras de los años posteriores a 2012, las tenemos que ir viendo y buscando una a una en los sucesivos informes.

Vamos a mostrar la evolución de las solicitudes de protección internacional desde la aprobación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, donde se incorporan el motivo de género y el de orientación sexual a los ya establecidos por la legislación anterior. Los datos los continúan publicando atendiendo a los géneros binarios⁷, y no están divididos atendiendo a los diferentes motivos de las solicitudes, por tanto, no podemos saber el número de personas que han solicitado protección internacional por motivo de género u orientación sexual.

Solo podemos saber que se ha mantenido constante el número de solicitudes realizadas por mujeres o personas consideradas mujeres respecto al total, como podemos observar en el gráfico siguiente que muestra los datos, desde el año 2009, año de aprobación de la ley, hasta 2015, que son los datos de los que disponemos en 2017, pues al cierre de esta investigación aún no se han publicado los datos anuales del año 2016.

Como podemos observar en la *ilustración 1* posterior, el género femenino se mantiene constante, es el masculino el que reviste un pequeño pico ascendente en el año 2011 y descendente

⁷ Hablo de géneros binarios, porque los datos están divididos de una manera binaria (mujeres y hombres), y específico género femenino y género masculino por que en muchas ocasiones no se pregunta a la persona con qué género se identifica, sino que los datos los obtienen de los estereotipos y la apariencia de género, sin profundizar en este aspecto. Utilizamos también las nociones de mujeres o personas leídas como tales, esta última determinación se basa en si un grupo es “cognoscible” como tal. Nos gustaría tener más datos y que estos estuvieran desagregados atendiendo también al resto de género y sexos que se han dejado fuera de la división hombres/mujeres, como por ejemplo, las personas transgénero, intersexuales, y “*queer*”, para no esencializar ni caer en el error de la generalización.

en el 2012. No es hasta el año 2014 y 2015 cuando encontramos un repunte en el número de mujeres o personas leídas como mujeres, personas de género femenino si atendemos a la apariencia física en la estructura binaria.

Evolución solicitudes por géneros binarios. 2009-2015

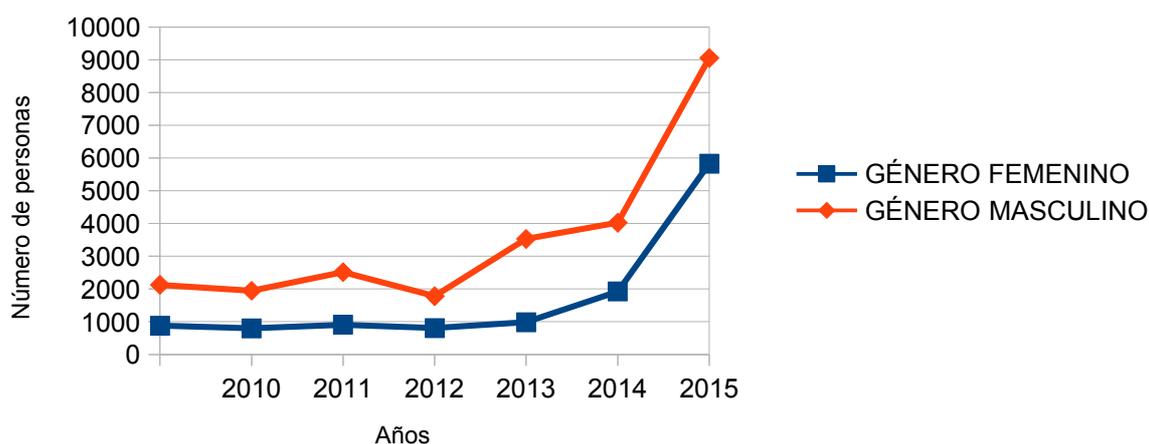


Ilustración 1: Publicaciones de la OAR y CEAR.

En el año 2015 (datos del año 2014) es la primera vez que nos muestran los datos desagregados atendiendo a los diferentes países de origen, pero sin dejar la división hombres/mujeres que ha dicotomizado toda la estructura. Esta división se repite en el año 2016 (donde nos muestran los datos de 2015) y que establecemos a continuación, por ser los últimos datos ofrecidos.

Podemos analizar algo más las diferencias, por ejemplo, entre las personas que procedían de Siria, donde el 39,70% de las personas que llegaron al Estado español solicitando protección internacional eran consideradas mujeres, o de las procedentes de Ucrania, que representan el 45,55% de las personas que solicitaron protección internacional y procedían de ese país, como veremos en el cuadro siguiente.

Uno de los datos que más llama la atención son las procedentes de Malí, porque las mujeres representan el 3,55% de las personas solicitantes de protección internacional, es un porcentaje ínfimo. Posiblemente las personas que llegaron eran las que sufrían las consecuencias de la intervención militar que se produjo en Malí en el año 2013 por Francia y el gobierno de Malí en

La *Operación Serval*, sin olvidar en ningún momento que es uno de los países con mayores desigualdades entre sexos, géneros y sexualidades del mundo, así lo muestran los datos del perfil de género de Mali que ha realizado el Banco Africano de Desarrollo con fecha octubre de 2011⁸, donde encontramos una menor tasa bruta de matriculación en la escuela primaria (74,90% de las niñas y el 92,20% de los niños), el 61% de las mujeres con edades comprendidas entre los 20 y los 49 años se han casado o viven en matrimonio desde antes de los 18 años, y la prevalencia de la mutilación genital femenina es del 89%, no existe legislación sobre la práctica. Pero no tenemos datos que nos muestren cual es el sexo, género o sexualidad de las personas que han llegado, ni encontramos datos más desglosados, pues no conocemos los motivos por los que estas personas solicitaron protección internacional, ni dónde la solicitaron. Hay datos generales del número de personas que solicitaron protección internacional atendiendo a las provincias o a si ha sido en frontera, CIE o territorio, pero estos datos no están cruzados con los de género y por tanto no son relevantes para esta investigación.

Tabla 1: Solicitantes de protección internacional de las 10 principales nacionalidades alegadas en 2015.

LUGAR DE ORIGEN	MUJERES	HOMBRES	TOTAL
Siria	2273 (39,70%)	3451	5724
Ucrania	1558 (45,55%)	1862	3420
Palestina	251 (31,02%)	558	809
Argelia	66 (9,77%)	609	675
Venezuela	283 (47,48%)	313	596
Marruecos	153 (37,40%)	256	409
Rep. Dominicana	192 (68,81%)	87	279
China	154 (62,09%)	94	248
Malí	8 (3,55%)	217	225
Nigeria	121 (55,76%)	96	217
Somalia	91 (56,87%)	69	160

Fuente: Subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior. En CEAR 2016.

⁸ Groupe de la Banque Africaine de Développement; *Profil Genre du Mali*. Tunis, Octubre 2011. Disponible en <http://www.afdb.org>

En el Estado español no nos muestran los datos atendiendo a la orientación sexual e identidad de género de las personas que solicitan protección internacional, como podemos observar en el cuadro siguiente, donde nos muestran el número de solicitudes por motivo de orientación sexual e identidad de género presentadas en los Estados miembros de la Unión Europea.

Tabla 2: Número de solicitudes de asilo por motivo de orientación sexual e identidad de género en 2016.

ESTADOS MIEMBROS	NÚMERO ESTIMADO DE SOLICITUDES DE ASILO POR MOTIVO DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO	FUENTE
AUSTRIA	No disponibles	
BULGARIA	50-100 (Datos de enero a junio 2016)	Miembros de la Organización juvenil LGBT “Deystvie”
DINAMARCA	70 nuevos solicitantes de asilo	ONG de Solicitantes de asilo LGBT
FINLANDIA	500 (Otoño 2015 a Febrero 2017)	ONG HeSeta
FRANCIA	No disponibles	
ALEMANIA	56	ONG Fliederlich
GRECIA	32 (de los cuales 7 transgénero y 23 homosexuales)	Miembros de una asociación de apoyo a personas transgénero.
HUNGRÍA	No disponibles	
ITALIA	80 (de 2012 a febrero 2017)	Proyecto LGBTI MigraBo
PAÍSES BAJOS	100- 1000 solicitudes LGBT	COC Netherlands
POLONIA	2 o 3	Usuarios Campaña contra la Homofobia
ESLOVAQUIA	0	ONG Iniciativa Inakost.
ESPAÑA	No disponibles	
SUECIA	No disponibles	

Fuente: Datos FRA, 2017 (Datos proporcionados por Organizaciones de la Sociedad Civil)

Los datos son escasísimos, como podemos observar, no son datos oficiales, nos muestran datos de una organización puntual, pero por lo menos se dispone de alguna estimación, en el Estado español no disponemos de datos al respecto.

En 2015 casi 15.000 personas (14.780 según Eurostat, 14.881 según los datos provisionales de la OAR) formalizaron su solicitud de protección internacional, la cuota anual más elevada registrada en el Estado español y que sin embargo, apenas representó el 1% de las que se registraron en el conjunto de la Unión Europea (CEAR. 2016). “Más de la mitad procedían de Siria (5.724) y Ucrania (3.420). La llegada de personas refugiadas sirias por el puesto fronterizo de Beni Enzar convirtió por primera vez a Melilla en la provincia donde se presentaron más peticiones” (CEAR. 2016:122). “A inicios de 2016, se estimaba que algo más del 55% de las personas que llegan a Europa procedentes de países y zonas en conflicto eran mujeres y niñas, mientras que seis meses antes, en junio de 2015, solo representaban el 27% del total” (CEAR. 2016:34). En 2015, último año del que tenemos datos, el 39,44% de las concesiones de asilo y el 40,14% de los reconocimientos de protección subsidiaria fueron a mujeres, como podemos ver en la *Tabla 3* siguiente.

Tabla 3: Concesión del Derecho de asilo y la protección subsidiaria por género en 2015.

	RECONOCIMIENTO ASILO	RECONOCIMIENTO PROTECCIÓN SUBSIDIARIA
GÉNERO FEMENINO	86 (39,44%)	322 (40,14%)
GÉNERO MASCULINO	132	480

Fuente: Informe Asilo en cifras 2015. Subdirección General de Asilo. Oficina de Asilo y Refugio.

Los datos no los encontramos más especificados que esto y por tanto es muy difícil y muy aventurado sacar conclusiones estables, aunque, en términos generales, podemos afirmar que se conceden más protecciones subsidiarias y más concesión de los recursos sobre las resoluciones denegatorias a las mujeres o personas leídas como tales, aunque ellas recurren menos, la falta de datos nos impide analizar en profundidad estos indicios.

Vamos a mostrar algunos apuntes sobre algunas referencias que nos desmontan el imaginario establecido, y nos dan una idea general de la situación en la que nos encontramos:

Se repiten las nacionalidades de procedencia de las personas que solicitan protección internacional en el Estado español a lo largo de los años, así, entre las 10 primeras encontramos, como norma general, las mismas procedencias, en el siguiente cuadro he marcado sutilmente Nigeria como ejemplo, por ser una de las que más se repite y con la que podemos mostrar que se mantienen unas constantes en los Estados de procedencia de las personas que solicitan protección internacional en el Estado español.

Tabla 4: Número de solicitudes de protección internacional por año y nacionalidad.

AÑO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
1º	Nigeria 459 ⁹	Cuba 406	Costa de Marfil 550	Siria 255	Mali 478	Siria 1679 ¹⁰	Siria 5724
2º	Otros 437	Nigeria 237	Cuba 440	Nigeria 204	Siria 725	Ucrania 946	Ucrania 3420
3º	Costa de Marfil 304	Argelia 175	Nigeria 259	Argelia 202	Argelia 351	Mali 620	Palestina 809
4º	Colombia 247	Guinea Conakry 166	Guinea 150	Camerún 121	Nigeria 182	Argelia 309	Argelia 675
5º	Argelia 181	Camerún 155	Palestina 131	C. Marfil 106	Somalia 132	Palestina 209	Venezuela 596
6º	Guinea 130	Colombia 123	Sáhara 131	Mali 101	Palestina 130	Nigeria 161	Marruecos 409
7º	R.D. Congo 113	Costa de Marfil 119	Camerún 129	Somalia 98	Pakistán 102	Pakistán 144	República Dominicana 279
8º	Camerún 112	Marruecos 114	Argelia 122	Pakistán 88	Camerún 86	Somalia 126	China 248
9º	Somalia 97	Palestina 101	Colombia 104	Palestina 78	Guinea 81	Venezuela 124	Mali 225
10º	Cuba 83	R.D. Congo 88	Siria 97	R.D.Congo 78	R.D. Congo 78	Irak 115	Nigeria 217

Fuente: Informes de CEAR e Informes de la OAR. Solicitudes de Asilo por nacionalidad alegada.

Un gran número de personas que llegan al Estado español para solicitar protección internacional lo hacen en avión. Atendiendo a la prensa y los medios de comunicación, podríamos pensar que un gran número de las personas que llegan al Estado español solicitando protección internacional lo hacen a través del mar, pero lo cierto es que lo hacen en avión. “En el año 2011, de las 3.414 personas que accedieron al procedimiento de asilo en España la gran mayoría lo hicieron en el aeropuerto de Madrid-Barajas, donde 245 personas procedentes de 42 países, demandantes de protección internacional solicitaron la asesoría jurídica de CEAR” (CEAR. 2002:41). Esto puede ser debido a que en el actualmente llamado Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas se solicita

⁹ El número corresponde al número de personas que han solicitado protección internacional procedentes de esa nacionalidad.

¹⁰ Encontramos los datos divididos entre hombres y mujeres, en el caso de Siria por ejemplo, se dice que del total de solicitudes 1.029 eran hombres y 650 mujeres.

protección internacional porque en el resto de lugares no se ofrece ni se tiene tanta información. Para poder migrar hasta el Estado español hacen falta recursos, y que existan vuelos desde el lugar de procedencia hasta el Estado español, o que este vuelo realice escalas en el mismo.

No se publican los datos sobre el número de personas no heteronormativas que han solicitado protección internacional en el Estado español. La Comisión de Exteriores del Congreso instó al Gobierno el 28 de septiembre de 2016 a facilitar la concesión de asilo a lesbianas, homosexuales, transexuales y bisexuales perseguidos en sus países de origen y que se encuentren en España. Pero, ¿Cuántas personas presentaron su solicitud por temor a ser perseguidas por su orientación sexual? Interior asegura que no tiene la cifra. El Reglamento nº 862/2007 del Parlamento y del Consejo de Europa de 11 de Julio de 2007 sobre estadísticas de migración y protección internacional¹¹ señala que las estadísticas comunitarias sobre migración y asilo armonizadas y comparables son fundamentales para el desarrollo y seguimiento de la legislación y políticas comunitarias relativas a inmigración y asilo y a la libre circulación de personas, y establece que los estados están obligados a facilitar a la Comisión Europea estadísticas sobre el número de personas que han solicitado asilo, el número de personas que han obtenido protección internacional en primera y última instancia desagregados por sexo, edad y nacionalidad, y por tanto insuficientes a la hora de saber si esta solicitud ha sido de una mujer lesbiana, heterosexual, bisexual o demisexual.

En cuanto a los CIE, en función del centro en que la persona necesitada de protección internacional estuviera internada, el acceso al procedimiento variaba de manera notoria. Ello dependió de las entidades y organismos que pudieron ingresar en estos centros para brindar información y si disponían de un servicio de orientación jurídica, servicio que sólo existe en los de Madrid, Barcelona y Valencia. En estos casos hay mayores posibilidades de acceso a la información y esto se traduce en el aumento del número de solicitudes de los últimos años.

Las resoluciones en primera instancia de la Oficina de Asilo y Refugio no son públicas, las decisiones positivas de la OAR no están motivadas. Por tanto, no puede conocerse ni el motivo por el que se ha concedido la condición de refugiada o si el razonamiento jurídico llevado a cabo para obtener dicha conclusión es atendiendo al motivo por el que se solicitó o a un conjunto de estos. El artículo 89¹² de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones

¹¹ Reglamento (UE) Nº 216/2010 de la Comisión de 15 de marzo de 2010 por el que se aplica el Reglamento (CE) Nº 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional.

¹² Art 89 de la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece “que: a) la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, b) en los procedimientos

públicas y del procedimiento administrativo común¹³ remite al artículo 54¹⁴. La resolución administrativa que reconoce la necesidad de protección internacional, concediendo el estatuto de refugiada o de beneficiaria de protección subsidiaria de una persona no encaja dentro de ninguno de los supuestos del artículo 54 y, por esta razón, no son motivadas. Sí lo son las resoluciones que deniegan la protección internacional por limitar derechos subjetivos y subsumirse dentro del artículo 54 a). Esto impide conocer el motivo de la concesión y dificulta su defensa posterior frente a un recurso o a la solicitud de otras circunstancias como protegibles. Como la cuestión no está regulada expresamente en la Convención de 1951, los procedimientos adoptados por los Estados partes en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967 varían considerablemente.

Aún queda mucho por hacer para alcanzar un Sistema Europeo Común de Asilo tanto a nivel legislativo como en la práctica. Durante 2014 persistieron las diferencias en el tratamiento de las solicitudes de asilo, en el volumen de solicitudes atendidas y aceptadas y en los sistemas de acogida en los diferentes estados miembros de la Unión Europea. Además, todavía no ha finalizado el proceso de transposición de las directivas europeas en muchos Estados.

Casi la mitad de la población refugiada se encontraba en situación de “refugio prolongado”. ACNUR estima que “la cifra de desplazamiento forzado en el mundo debió de superar en 2015 los 60 millones de personas, reflejando un año más una realidad sin precedentes” (ACNUR, 2016: 17).

tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, y c) las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54”.

¹³ BOE núm. 285 de 27 de noviembre.

¹⁴ Art 54 de la Ley 30/1992 establece que “las resoluciones serán motivadas cuando se trate de: a). Actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. b). los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje. c). Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales. e). Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. f). Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposiciones legal o reglamentaria expresa”.

1. TEORÍAS FEMINISTAS (CRÍTICAS), TRANSFEMINISMO Y DERECHO

El objeto de cualquier construcción ideológica que tiene como fin mantener un sistema de sometimiento es, precisamente, parecer natural (Beatriz Gimeno, *Deseo, placer*. 2009)

Esta investigación es transfeminista, estudia la realidad rompiendo los binarismos históricos y visibilizando a todo tipo de mujeres y cuerpos diferentes, distintos, rechazados, excluidos del sistema patriarcal de todos los estratos sociales, las religiones, los orígenes geográficos, etnias y ciudadanías. Para visibilizar esta apertura de miras e inclusión de lo que no es normativo, el primer acercamiento lo haremos visibilizando los márgenes que la corriente feminista ha tenido que ir incluyendo, desde los feminismos poscoloniales, los feminismos chicanos, los *black feminism* y los feminismos islámicos, hasta el transfeminismo. Hacen visibles por algún procedimiento o dispositivo lo que normalmente no se puede ver y “ponen en duda la supuesta universalidad de la categoría “mujer” como caracterizada por una conciencia común, más allá de las condiciones sociales y culturales reales” (Mohanty, 2003, 1988) ampliando los cuerpos vivibles y las vidas habitables de las personas que la corriente no arrastra y acumula en los márgenes.

1.1. Teorías feministas críticas¹⁵

En este apartado vamos a analizar situando en el tiempo, las aportaciones de los feminismos periféricos que han encontrado su lugar fuera del discurso dominante. Visibilizando la jerarquía de las discriminaciones, los discursos del poder producto de las generalizaciones inadecuadas y la invisibilización de las diferencias. Evidenciando que las personas no solo estamos atravesadas por el género.

1.1.1. Evolución histórica: del feminismo clásico al transfeminismo actual

Por iusfeminismo (o feminismo jurídico) entiende la variante jurídica del feminismo. Como es sabido, el feminismo no es una corriente de pensamiento homogénea, esto lo podemos ver, por ejemplo, entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia, pero, a pesar de la pluralidad de perspectivas o tendencias feministas, es posible hablar del feminismo en singular o, si se quiere, en general. Este acuerdo de fondo permite definir al feminismo, además de como una práctica social (como “movimiento”), como un *corpus* teórico basado en una postura crítica o de transformación de la realidad que: 1) partiendo de que las mujeres vivan una historia inacabada de discriminación respecto de los hombres; 2) sostiene que esa discriminación impregna las estructuras sociales de todo tipo (económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.); y 3) considera que la lucha contra esa discriminación exige un esfuerzo de análisis y revisión de (y desde) todos los ámbitos disciplinares o del saber. Cuando esta corriente crítica intenta transformar la realidad y la cultura jurídicas como instancias productoras y reproductoras de la discriminación y –a mayor razón– es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídicas, se puede hablar de “feminismo jurídico” o “iusfeminismo” (M^a Ángeles (Maggy) Barrère Unzueta “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”. 2008: 47).

La Primera Ola surgió vinculada al liberalismo burgués, la igualdad y emancipación de la mujer. En la Revolución Francesa (1789-1799) se prometía la emancipación humana gracias a la razón, en condiciones de igualdad para todos. Este principio consensuado por los hombres ilustres

¹⁵ Hemos decidido poner teorías feministas (críticas) a pesar de que como nos dice Solá, “Un pensamiento feminista es por definición un pensamiento intempestivo, es decir, un pensamiento que crea las condiciones para que se produzcan cambios tanto en el orden social como en el categorial. Se reclaman, en este sentido, una actitud y una serie de prácticas que, en definitiva, comportan un modo de cuestionar feminista que implica la crítica permanente de nuestro ser y hacer” (Solá, 2013:24). Por que si poníamos solo feminismos, dejábamos fuera muchas categorías analíticas que deberían haberse incluido dentro del término feminismos. Por tanto, pese a caer en el error de la redundancia, hemos preferido este al de la falta de exhaustividad en el análisis.

no se correspondía, sin embargo, con la situación de desigualdad en la que se encontraban las mujeres. Los textos fundacionales de esa época son la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791) de Olympe de Gouges y la *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792) de Mary Wollstonecraft que organizaron a miles de mujeres alrededor del derecho al sufragio y al acceso a los estudios superiores.

Una vez logradas estas demandas, la lucha se diluyó. Surgieron nuevas figuras de la mano del socialismo en el siglo XIX y principios del XX. En EE.UU. aparecían feministas también vinculadas al anarquismo, como Emma Goldman y se realizó la primera declaración del feminismo norteamericano elaborada en Seneca Falls (Nueva York) en 1848, el mismo año que salía a la luz el *Manifiesto comunista*¹⁶.

La Segunda Ola partió del hecho de que el acceso al voto y a los estudios superiores no se había traducido en una mejora real de la vida de las mujeres. Los grandes movimientos de masas eran principalmente masculinos y, en el caso español, la dictadura (1939- 1975) había acabado con los avances promovidos por la Segunda República (1931- 1939). A finales de los sesenta, en los últimos años de la dictadura y al calor del movimiento del '68, de las luchas en Italia y del levantamiento de la población negra en EE.UU. (1955- 1968), comenzó a hacerse patente para las mujeres, aunque de manera difusa, la necesidad de organizarse en torno a otras inquietudes más propias y cotidianas que no eran recogidas ni por los partidos de izquierda ni por el movimiento obrero autónomo: ya no se trataba de exigir la igualdad de derechos, sino de hacer una crítica a la organización del poder sobre la vida en las sociedades capitalistas y patriarcales, dando forma a una nueva manera de entender la revolución en la que debían tratarse aspectos tan básicos como el cuerpo, la sexualidad, las relaciones, las actitudes en lo doméstico, los valores y la moral.

En el Estado español, el alcance y la profundidad de estas ideas estaba íntimamente relacionado con las luchas antifranquistas y con un momento de cambio que abría nuevos horizontes de libertad tras cuarenta años de represión, moral y religión. Las feministas de los años setenta pensaron que las cosas podían cambiar de forma profunda, aunque el modo en el que se cerró la Transición (1975-1982), en términos de pacto y consenso acabase con las ilusiones más revolucionarias del propio movimiento feminista y de otros movimientos, lo que daría paso al desencanto generalizado de los años ochenta.

A lo largo de la década de los ochenta se fue constatando que esa unidad no era tan sólida como se había imaginado y que *la mujer* no representaba a todas las mujeres. Las críticas a esta

¹⁶ Realizado por Karl Marx y Friedrich Engels entre 1847 y 1848, publicado por primera vez en Londres el 21 de febrero de 1848.

representación homogénea aparecieron de la mano del feminismo lesbiano, que puso el acento en la imposibilidad de unificar las experiencias. Con la aparición de las diferencias, de la división de intereses y formas de hacer, con el despegue de la democracia y el desarrollo de las políticas neoliberales, el escenario se modificó de forma radical y el movimiento feminista se resintió, perdiendo fuerzas de manera progresiva.

A finales de los años ochenta, la dispersión y la debilidad eran las notas predominantes del feminismo español, cuya fragmentación se hace definitiva en la década de los noventa.

La Tercera Ola del feminismo surge en este contexto de crisis. Aparecen nuevas temáticas, se fragmentan los grupos, emergen otras prácticas, se expanden las diferencias, se cuestionan las identidades y se asiste al final del sujeto único. Se dibuja una nueva manera de entender el feminismo que ya no está definida por una línea de sentido única ni por unos intereses necesariamente compartidos. Es a las nuevas prácticas feministas que surgen en este contexto a lo que llamamos «nuevos feminismos», como una manera no sólo de nombrar algo que ha reformulado de manera irreversible el movimiento feminista tal y como lo conocíamos, sino también como una forma de articular un nuevo marco de problemas y estrategias en el contexto de los nuevos circuitos abiertos por la globalización.

Tenemos que tener en cuenta que la diferencia entre la Segunda y la Tercera Ola del feminismo no es meramente histórica, temporal. La cuestión clave es que mientras el feminismo de la Segunda Ola se organizaba en torno a la unidad de todas las mujeres, los nuevos feminismos parten de la diferencia como condición inherente a la práctica política. La identidad se comienza a comprender como un proceso múltiple en el que se articulan el género, la clase, la raza, la etnia y la edad, formando una subjetividad compleja, incluso contradictoria, que no puede ser reducida en ningún caso a una sola de estas categorías.

Estas diferencias son las que impiden que pueda trazarse *a priori* un itinerario común, unos intereses u objetivos para todas las mujeres, y ponen en cuestión las políticas de la representación. Aparecen otras figuraciones que desplazan al sujeto tradicional. Así, nos encontramos con las trabajadoras temporales y precarias, migrantes, sin papeles, estudiantes sin futuro, trabajadoras sexuales, *queer*, bolleras, transexuales, madres solas, cuidadoras transfronterizas y otras estrategias cotidianas de resistencia realizadas en las periferias limítrofes de las ciudades. Es así que se enriquecen los discursos e imaginarios de los feminismos actuales.

La percepción subjetiva y social de movimiento de los años ochenta se pierde en los noventa. Son años en los que los grupos que aparecen lo hacen muy desconectados entre sí y esa

pérdida de vínculo hace que la memoria histórica vaya quebrándose, se resienta: muchos de los nuevos grupos no se sienten parte del movimiento feminista ni lo toman como referente. Pero además, a este final del movimiento tal y como se había conocido hasta entonces, se suma un momento de políticas fuertes impulsadas por el feminismo de Estado o feminismo institucional.

Aparecen otras temáticas: la construcción de la identidad de género a través del movimiento transexual, la pornografía y la sexualidad, debatidas desde los colectivos de feministas lesbianas en los años ochenta; los derechos de las trabajadoras del sexo; la identidad de los primeros grupos *queer*; el activismo lesbiano, la crítica a la institucionalización del movimiento gay y lésbico y las luchas contra el sida; el problema del cuerpo y la salud ambiental; la cuestión de la autonomía; el movimiento de resistencia global y las nuevas formas de expresión política; la construcción de la ciudadanía en las ciudades globales; las luchas y resistencias cotidianas de las mujeres migrantes y sin papeles organizadas a través de redes diversas; la crítica a la precarización de la existencia en el marco de la globalización, la crisis de los cuidados y los flujos migratorios; o la actualización de los discursos antimilitaristas a través de grupos como Mujeres de Negro. La necesidad de pertenecer a la sociedad implica tratar de reconocerse y ser reconocida en sus categorías.

“En ausencia de una teoría radical del sexo más articulada, la mayor parte de los progresistas han recurrido como guía al feminismo. Pero las relaciones entre feminismo y sexo son muy complejas. Debido a que la sexualidad es un nexo de las relaciones entre los géneros, una parte importante de la opresión de las mujeres está contenida en y mediada por la sexualidad. El feminismo ha mostrado siempre un gran interés por el sexo, pero se han dado dos líneas básicas de pensamiento feminista sobre la cuestión. Una tendencia ha criticado las restricciones impuestas a la conducta sexual de las mujeres y ha denunciado el alto precio que se les hace pagar por ser sexualmente activas. Esta tradición de pensamiento feminista ha reclamado una liberación sexual que alcance tanto a las mujeres como a los hombres. La segunda tendencia ha considerado la liberalización sexual como una mera extensión de los privilegios masculinos. Esta tradición comparte un tono similar al del discurso antisexual conservador. Con la llegada del movimiento antipornográfico adquirió una hegemonía temporal en el análisis feminista” (Rubin, 1989: 45).

Bajo la rúbrica del feminismo, la situación de la mujer ha sido explicada como consecuencia de la biología (Beauvoir, 1970) o de la reproducción y la maternidad, las organizaciones sociales de la biología (Reich, 1976) causadas por la ley o, por extensión, causadas por la familia patriarcal. “También se ha explicado como consecuencia de roles sexuales artificiales y de las actitudes concomitantes (Bem, 1970). Conformado por estos intentos, pero concibiendo la naturaleza, la ley, la familia y los roles como consecuencias, no como causas, el feminismo

identifica fundamentalmente la sexualidad como esfera social básica del poder masculino. El carácter central de la sexualidad no se deriva de concepciones freudianas, ni de raíces lacanianas (Lacan, 1982), sino de la concienciación y de otras prácticas feministas en distintos temas, incluidos la violación, el incesto, la violencia, el acoso sexual, el aborto, la prostitución y la pornografía. En estos campos, los esfuerzos feministas tratan de hacer frente y cambiar la vida de las mujeres de forma concreta. Tomados en conjunto, están produciendo una teoría política feminista centrada en la sexualidad: su determinación social, su construcción diaria, su expresión desde el nacimiento hasta la muerte y el control masculino” (Bem y Lacan en Mackinnon, 1995: 192-193).

A continuación vamos a analizar el feminismo poscolonial. Se desarrolló como respuesta a las corrientes feministas que solo se centraban en la experiencia de las mujeres de las culturas occidentales. Visibiliza que el racismo, la política económica, el sistema de mercados y que los efectos culturales del colonialismo afectan también a las mujeres y su situación. Su principal crítica señala la tendencia universalizadora de la corriente feminista occidental.

1.1.2. Feminismo poscolonial / postcolonial

Los feminismos poscoloniales tildan al feminismo occidental de etnocéntrico y racista, acusándole de apropiarse de la categoría “mujer”, de homogeneizar la identidad de las mujeres sobre la base del sexo y de producir una reducción del conglomerado de estructuras de dominación, haciendo de la base sexual la determinante (Suárez Navaz, 2008). El feminismo “occidental” homogeneiza a todas las “otras” mujeres como si tuvieran las mismas características, haciéndolas hermanas en la lucha y cayendo en el etnocentrismo. Es necesario rechazar esta hermandad y aunque Mohanty afirma que, por lo general la colonización supuso, en todos los casos, una relación de dominio estructural y una supresión, generalmente violenta, de la heterogeneidad del sujeto colonizado, se niega a hablar de la colonización en todos los países como si fuera algo homogéneo (Mohanty, 2008).

Mohanty considera que se ha hecho una imagen de lo que sería un estereotipo de mujer del Tercer Mundo: como mujer con una vida truncada, sexualmente sujeta, y, por ser del Tercer Mundo, sería ignorante, pobre, vinculada a la tradición y oprimida por la religión, y, sobre todo, víctima de la violencia masculina. Según Mohanty hay que interpretar la violencia masculina contra las mujeres dentro de los parámetros de cada sociedad. Frente a esta, estaría la representación de la

mujer del Primer Mundo como educada, moderna, con control de su sexualidad y con libertad para tomar sus decisiones. Mohanty piensa que si se habla de feminismos postcolonial y queremos poner de manifiesto algunos puntos en común, estos serían: a) la idea de que sobre estas mujeres existe una confluencia de opresiones que es fundamental para moldear su experiencia de marginalidad política y social, determinando que la política feminista se base en la opresión específica que el imperialismo y el racismo han tenido en cada contexto social; b) el papel crucial que ha tenido y tiene el Estado hegemónico, que domina su vida diaria y su lucha por sobrevivir, c) el significado de la memoria y la escritura en la construcción de una oposición activa; d) las diferencias, conflictos y contradicciones internas en las organizaciones y comunidades del Tercer Mundo; y e) la insistencia en las complejas interrelaciones entre las luchas feministas, racistas y nacionalistas.

Batallar sobre uno solo de los sistemas de dominación no solucionará los otros múltiples ejes de opresión de las mujeres; “el feminismo solo no acabará con el racismo, ni con el colonialismo, ni, como ya lo planteara Gayle Rubin, con los problemas de las mujeres lesbianas” (Amorós y de Miguel Álvarez, 2007:82). Todos los sistemas de opresión y dominación siguen una estructura similar, pero por la eliminación de uno de estos sistemas de opresión no vamos a conseguir la eliminación de todos, ni se debe obviar ninguno por ser considerado de menor calado.

En un línea jurídica, podemos observar que “el derecho antidiscriminatorio exige un planteamiento jurídico global (no parcelado) y coherente sobre la discriminación (en nuestro caso) de las mujeres en los distintos ámbitos de su manifestación, informado por la teoría y la práctica feministas” (Barrère. 2008:60). Vemos la “Necesidad de introducir en el derecho y la cultura jurídica el concepto de discriminación intergrupala. Por una parte, para explicar en qué sentido los actos de violencia contra las mujeres no sólo tienen consecuencias discriminatorias en el disfrute de los derechos individuales, sino que son, en sí mismos discriminatorios (esto es, expresión del dominio que rompe la regla de igualdad de poder de hombres y mujeres). Por otra, para crear conciencia en la comunidad jurídica de que el derecho no sólo no es ajeno, sino que es partícipe en (y, por tanto, responsable de) esa discriminación” (Barrère, 2008: 63).

Sin suprimir las diferencias, como hubiera ocurrido al hablar de mujeres de color y oponerlas a las mujeres blancas, sin tampoco caer en el error, como nos dice Lorde, que cometieron antes las mujeres blancas, unificando a todas las mujeres en un solo movimiento, borrando las diferencias y perpetuando inconscientemente el racismo al no ponerlo de manifiesto. Aunque parece cierto que al hablar del feminismo tercermundista se estaba creando otra vez una “unidad”, se concebía ésta como fluida, no estable, con un significado que iría cambiando a medida que el movimiento fuera desarrollándose (Lorde, 1984).

Si consideramos a las mujeres del “Tercer Mundo” como oprimidas, hacemos que las mujeres del “Primero” sean los sujetos de una historia en la que las mujeres tercermundista tendrían el estatus de objeto. Esta no es más que una forma de colonizar y apropiarse de la pluralidad de diferentes grupos de mujeres situadas en diferentes clases sociales y étnicas. El feminismo occidental etnocéntrico tiende a juzgar las estructuras económicas, legales, familiares y religiosas tomando como referencia los estándares occidentales, y a definir estas estructuras como subdesarrolladas o “en desarrollo”, con lo que el único desarrollo posible parece ser el del Primer Mundo, invisibilizando así todas las experiencias de resistencia, que se consideran marginales. De este modo, nosotras somos el centro y ellas están en los márgenes, pero no es el centro el que determina los márgenes, sino éstos los que determinan con sus límites, el centro.

“Buena parte de la historia europeo-occidental nos condiciona para que veamos las diferencias humanas como oposiciones simplistas: dominante/dominado, bueno/malo, arriba/abajo, superior/inferior. Siempre se establece algún grupo de personas a quienes, mediante la opresión sistemática, se lleve a sentir como si estuvieran de más y a ocupar el lugar de los seres inferiores deshumanizados. En nuestra sociedad dicho grupo está compuesto por las personas Negras y del Tercer Mundo, por la gente de clase trabajadora, por las ancianas y por las mujeres” (Lorde, 1980:1). Más no son esas diferencias las que nos separan. Lo que nos separa es, por el contrario, nuestra negativa a reconocer las diferencias y a analizar las distorsiones que derivan de darles nombres falsos tanto a ellas como a sus efectos en la conducta y las expectativas humanas (Lorde, 1984).

Desde el feminismo postcolonial se criticaba al feminismo occidental por estar basado en el único eje del género, y porque su objetivo era el de conseguir los “derechos de la mujer” que, al ser una aplicación concreta de los derechos humanos, parecía una reivindicación puramente occidental que, según algunos grupos de mujeres, no encajaba en las demandas de los países descolonizados, con lo que a las acusaciones de racismo se unió la de etnocentrismo. Piensan que su participación en la definición del feminismo a nivel global es una cuestión de poder y las mujeres del Tercer Mundo son miembros de comunidades con poco poder y sin acceso a los recursos que tienen las mujeres del Primer Mundo y tampoco quieren formar parte de una subcultura del feminismo (Oliva, 2004).

Esto no quiere decir que no se pueda hacer ninguna generalización sobre las mujeres. Narayan afirma que no todas las generalizaciones son iguales. No es lo mismo decir “la prostitución es aún la principal fuente de recursos para las mujeres africanas” que decir, con el “Comité para la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las mujeres” que “las mujeres continúan

siendo discriminadas en todo el mundo en lo que se refiere al reconocimiento, disfrute y ejercicio de sus derechos individuales en público y en privado y están sujetos a variadas formas de violencia”. La primera afirmación es falsa y ofensiva. La segunda afirmación es argumentable y puede resultar útil para llamar la atención sobre la violación de los derechos de las mujeres, aunque no reconozca las variaciones en la violación de estos derechos según los diversos contextos nacionales y según los diferentes grupos de mujeres. Es preciso analizar cualquier generalización en función de su exactitud empírica y su utilidad y riesgo político. Por eso, muchos de los recelos ante el universalismo estarían ligados más bien a un pseudouniversalismo. Pero todas las generalizaciones tienen que estar contextualizadas e históricamente situadas, pues “El lugar de la mujer en la vida social humana no es de forma directa producto de las cosas que hace (o aún menos, una función de lo que es biológicamente), sino del significado que adquieren sus actividades a través de interacciones sociales concretas” (Mohanty, 1980: 400). El hecho de que las mujeres sean madres en una sociedad específica no es tan relevante como el valor que se atribuye a la maternidad en esa sociedad y ese momento y contexto histórico. La distinción entre el acto de ser madre y el estatus al que se le asocia es muy importante: es una distinción que debe enunciarse y analizarse. Conceptos tales como la reproducción, la división sexual del trabajo, la familia, el matrimonio, el hogar, el patriarcado, etc. se usan a menudo sin especificarlos en contextos culturales e históricos locales. Las feministas usan estos conceptos para proporcionar explicaciones sobre la subordinación de las mujeres, aparentemente dando por sentada su aplicabilidad universal. Se asume que el “estatus” o “posición” de las mujeres es obvio, porque las mujeres como grupo previamente constituido son colocadas dentro de estructuras.

1.1.3. Feminismos chicanos

Como acabamos de ver, encontramos unas corrientes feministas que no solo critican el sistema heteropatriarcal que las denomina como tales, sino que se posicionan contra el pensamiento colonialista blanco de los feminismos dominantes. Dentro de este movimiento encontramos el feminismo que hoy se denomina *chicano*, “en contra también de las diversas opresiones, proponiendo una política de identidad híbrida y mestiza. En articulación con un novedoso movimiento literario crítico, mujeres como Gloria Anzaldúa, Chela Sandoval, Cherrie Moraga y Norma Alarcón, entre otras, con un estilo bilingüe rompen con el canon de “pureza gramatical” y rehacen a la vez un pensamiento político, cruzando así fronteras geopolíticas, literarias y

conceptuales. Desde este feminismo, Gloria Anzaldúa en su concepto de *la frontera* cuestiona el nacionalismo chicano y el racismo norteamericano, a la vez que el racismo y el etnocentrismo del feminismo anglosajón, y el heterosexismo de ambos, tomando como marco el contexto global del capitalismo. Anzaldúa ha sido pionera de lo que hoy denominamos pensamiento fronterizo, que expresa las limitaciones de identidades esencialistas y auténticas. Para Anzaldúa, la *new mestiza* suponía romper con los binarismos sexuales, con la imposición de un culturalismo que definía roles y funciones para las mujeres con el fin de mantenerlas en la subordinación” (Curiel, 2007: 97).

Pero para romper con estos binarismos y el imperialismo occidental, no se trata solo de luchar contra las feministas blancas que acaban por excluirlas o silenciarlas. Se trata de reconocer que en la fase “neocolonialista” se tienden a aceptar los valores, las actitudes y la moralidad de los colonizadores, así como sus modos de producción. Ello ha hecho que los antiguos colonizados señalen “como se deben hacer las cosas”, y proyecten su propio auto-desprecio hacia los que no las hacen como ellos, creando dentro de su colectivo un nuevo Otro.

La *conciencia de la nueva mestiza*, una conciencia que está en la frontera entre varias culturas y varios mundos. “La personalidad dual o múltiple de la mestiza está llena de fluctuaciones psíquicas”. La mestiza tiene que cambiar del pensamiento “convergente”, del razonamiento analítico que tiende a usar la racionalidad para dirigirse a un solo objetivo, al pensamiento “divergente”, caracterizado por un cambio de pautas y objetivos hacia una perspectiva más total, que incluya más que excluya. Tiene que desarrollar tolerancia a las contradicciones, a la ambigüedad. “Tiene una personalidad plural, actúa de una forma pluralista: nada es eliminado, nada abandonado”. La mestiza vive en la ambivalencia, pero también puede superarla mediante un proceso que invierta o resuelva la ambivalencia”. La energía de la *conciencia mestiza* acabará por romper el aspecto unitario de cada nuevo paradigma. La mestiza no tiene país, sino que todos los países son suyos; al ser lesbiana la mestiza no tiene raza, porque su propio pueblo la rechaza, pero pertenece a todas las razas; no pertenece a ninguna cultura porque pone en evidencia la cultura imperante; pero participa en la creación de una nueva cultura y una nueva historia que explique al mundo de qué modo, mediante imágenes y símbolos, podemos conectarnos con cada persona del planeta, “soy un amasamiento”. Y respecto al feminismo blanco, dice: Creo que necesitamos permitir a las blancas que se alíen con nosotras (Anzaldúa, 1990).

Descolonizar supone entender la complejidad de relaciones y subordinaciones que se ejercen sobre aquellos/as considerados “otros”. El feminismo chicano “son propuestas que complejizan el entramado de poder en las sociedades poscoloniales, articulando categorías como la raza, la clase, el sexo y la sexualidad desde las prácticas políticas donde han emergido interesantes

teorías no sólo en el feminismo sino en las ciencias sociales en su conjunto. Son propuestas que han hecho frente a la colonialidad del poder y del saber y hay que reconocerlas para lograr realmente una descolonización” (Curiel, 2007:100).

1.1.4. Black Feminism

Todos estos feminismos sacudieron las entrañas del feminismo dominante y lo pusieron frente a su propio espejo contribuyendo de manera fundamental a que se produjese la interseccionalidad de las luchas sociales y raciales con la lucha antipatriarcal. El Black Feminism es muy lúcido a la hora de posicionarse y tejer alianzas como seguidamente vamos a ver, con los varones que compartían la lucha antirracista y con las mujeres blancas feministas con las que compartían la lucha antipatriarcal, porque como nos dice Lorde:

“*Racismo*, creencia en la superioridad inherente de una raza con respecto a las demás y, por tanto, en su derecho a dominar. *Sexismo*, creencia en la superioridad inherente de un sexo y, por tanto, en su derecho a dominar. *Heterosexismo*. Creencia en la superioridad inherente de un modelo de amor y, por tanto, en su derecho a dominar. *Homofobia* Miedo a los sentimientos de amor inspirados por las personas de nuestro propio sexo y, por tanto, odio a esos sentimientos manifestados en los demás” (Audre Lorde, “Arañando la superficie: Apuntes sobre las Dificultades del Amor entre Mujeres” 1984:7).

El feminismo no puede dejar de lado los demás sistemas de dominación y poder opresor. Como establece Lorde, el racismo y el sexismo se estructuran en el mismo binarismo, pero ambas estructuras son transversales y divergentes, al igual que el heterosexismo, elitismo, clasismo... Las mujeres negras formaron parte desde comienzos de los años sesenta de los movimientos feministas en EE.UU., se separaron de ellos acusándolos de elitismo y racismo en 1973, año en el que formaron la Organización Nacional Feminista Negra (NBFO) en Nueva York. Se unieron a los movimientos negros de liberación pero también se desilusionaron a causa de algunas experiencias dentro de ellos y quisieron fundar un movimiento antirracista a la vez que antisexista. En 1975 se publicó una Declaración del llamado Combahee River Collective, colectivo de feministas negras y lesbianas cuya política era la de “luchar activamente contra la opresión racial, sexual, heterosexual y de clase” y que se esforzaban por desarrollar un análisis y una práctica basados en el principio de que estos sistemas de opresión estaban interrelacionados de tal forma que era difícil distinguirlos en las condiciones en que sus vidas se desarrollaban. “Propugnaban así un feminismo negro que

“combata la variada y simultánea opresión que sufren las mujeres de color”. Aparecía así la reivindicación de la “política de la identidad”. “Creemos que la política más profunda y potencialmente la más radical surge directamente de nuestra propia identidad”. Aunque se proclamaban feministas y lesbianas, expresaron su solidaridad con los hombres negros progresistas que luchaban por sus derechos y no admitieron la fragmentación ni el separatismo que, según ellas, cundía entre las feministas blancas. “Luchamos junto a los hombres negros contra el racismo, a la vez que luchamos contra ellos por el sexismo”. Afirman, también, que “la liberación de todos los pueblos oprimidos necesita de la destrucción del sistema político-económico del capitalismo y del imperialismo, así como del patriarcado. Se declaran socialistas, pero no están convencidas de que una revolución socialista que no sea al mismo tiempo una revolución feminista y antirracista, garantice su liberación. Tampoco están de acuerdo con los análisis ni con la estrategia del separatismo lesbiano: no creen que el hecho biológico de ser varones sea la causa de que los hombres opriman a las mujeres. Rechazan todo tipo de determinismo biológico, que les parece una base peligrosa y reaccionaria para construir su política” (Oliva, 2004: 3-4).

Las denuncias de racismo y clasismo hacia el “movimiento unificado de mujeres” crecieron, basándose en que estaba inspirado por los valores de las mujeres blancas. Como respuesta, la Asociación Nacional de Estudios sobre las mujeres (NWSA) convocó su Tercera Conferencia Anual en 1981 con el título “Las Mujeres responden al racismo”. La propia estructura de la Conferencia dividió a las mujeres de color del resto. Formándose una “conferencia” de mujeres negras dentro de la otra y allí se decidió abogar por un “feminismo tercermundista”, que superara la tipología que estaba presente en la visión de los ciudadanos de EE.UU. en ese momento y que clasificaba a todo el mundo en cuatro categorías: varones-mujeres, blancos-negros.

“Siempre que se plantea la necesidad de entablar una supuesta comunicación, quienes se benefician de nuestra opresión nos piden que compartamos con ellos nuestros conocimientos. Dicho de otro modo, enseñar a los opresores cuáles son sus errores es responsabilidad de los oprimidos. Yo soy la responsable de educar a los profesores que desprecian la cultura de mis hijos en el colegio. Las personas Negras y del Tercer Mundo son responsables de educar a la gente blanca para que reconozca nuestra humanidad. De las mujeres se espera que eduquen a los hombres. De las lesbianas y los gays que eduquen al mundo heterosexual. Los opresores conservan su posición y eluden la responsabilidad de sus propios actos. Y hay una sangría continua de energías a las que se podría dar mejor uso si se dirigieran a la redefinición de nuestro propio ser y a la planificación realista de los medios para modificar el presente y construir el futuro” (Audre Lorde, “Edad, Raza, Clase y Sexo: Las Mujeres Redefinen la Diferencia” 1984:39).

Se trataba de no suprimir las diferencias, sino evidenciarlas para combatirlas y hacer autocrítica para superar los paradigmas erróneos de la opresión. Sin caer en los binarismos, ni en el error que cometieron antes las mujeres blancas, unificando a todas las mujeres en un solo movimiento, borrando las diferencias y perpetuando el racismo al no ponerlo de manifiesto. Aunque parece cierto que al hablar del feminismo tercermundista se estaba creando otra vez una “unidad”, se concebía ésta con un significado que iría cambiando a medida que el movimiento fuera desarrollándose. “Unos meses después se creó la “Alianza Nacional de las Mujeres americanas tercermundistas” que, aunque reconoció que las mujeres blancas habían emprendido, a partir de ese momento, un cierto reconocimiento de sus errores, estimó, no obstante, que aún era necesario construir un nuevo modelo de acción y de conciencia política como el propuesto por ellas y que fuera reconocido tanto por las feministas blancas como por las de color” (Oliva, 2004:4).

Estableciendo Lorde que “Uno de los mecanismos de control social consiste en inducir a las mujeres a otorgar legitimidad a una sola área de las diferencias humanas, las que existen entre las mujeres y los hombres. Y todas hemos aprendido a enfrentarnos a esas diferencias con la premura que caracteriza la actitud de cualquier subordinado oprimido. Todas hemos tenido que aprender a trabajar y a coexistir con los hombres, empezando por nuestros padres. Hemos reconocido las diferencias y nos hemos adaptado a ellas, incluso cuando reconocerlas suponía perpetuar el viejo modelo de relaciones humanas dominante/dominado, según el cual el oprimido debe aceptar la diferencia del amo si quiere sobrevivir” (Lorde, 1980: 12). Pero estas diferencias no son únicas, en el actual sistema capitalista, “el rechazo institucionalizado de la diferencia es una necesidad básica para una economía del beneficio que necesita de la existencia de un excedente de personas marginales. Esa economía en la que vivimos nos ha programado a todos para que reaccionemos con miedo y odio ante las diferencias que hay entre nosotros y las manejemos de una de estas tres maneras: haciendo como si no existieran; si ello no es posible, imitándolas cuando pensamos que son dominantes; o destruyéndolas si las consideramos subordinadas. Pero no poseemos modelos de relación igualitarios para afrontar las diferencias. En consecuencia, las diferencias reciben nombres falsos y se ponen al servicio de la segregación y la confusión [...] Entre nosotros existen a todas luces diferencias muy reales en cuanto a la raza, la edad y el sexo. Más no son esas diferencias las que nos separan. Lo que nos separa es, por el contrario, nuestra negativa a reconocer las diferencias y a analizar las distorsiones que derivan de darles nombres falsos tanto a ellas como a sus efectos en la conducta y las expectativas humanas” (Lorde, 1980: 2).

Visibilizar el modo en que el género moldea el mundo y cómo las mujeres son oprimidas en diferentes contextos, dependiendo de las relaciones de poder, nos tiene que permitir “arrancar de

raíz los modelos de opresión que hemos interiorizado. Debemos reconocer las diferencias que nos distinguen de otras mujeres que son nuestras iguales, ni inferiores ni superiores, y diseñar los medios que nos permitan utilizar las diferencias para enriquecer nuestra visión y nuestras luchas comunes” (Lorde, 1980:13).

1.1.5. Feminismos islámicos

Las feministas islámicas son feministas y son islámicas. Consideran que la igualdad está en la base de la religión musulmana y que el islam es garante de los derechos de las mujeres, y por tanto podemos considerarlo un feminismo identitario. “Se trata para ellas de una reapropiación del saber y de la autoridad religiosa *por y para* las mujeres, y muchas de ellas se arman de una doble formación, la del dominio de las ciencias islámicas y de los instrumentos de las ciencias sociales para hacer emerger un pensamiento y una concepción nueva de las mujeres en el islam” (Ali 2014:129). Los feminismos islámicos expresan la pluralidad de las modalidades de emancipación feminista que no pueden ser ignoradas ni por los feminismos, ni por esta investigación.

Establece Sirin Adlbi (2016) que el feminismo incluye una colonización cultural, por lo que aboga por superar ese concepto para llegar a lo que denomina el pensamiento islámico decolonial, como venimos estableciendo, el pensamiento contextualizado e históricamente situado nos permite no imponer un feminismo colonizador. Pues, Adlbi, como antes han establecido otras autoras, establece que el feminismo hegemónico ha ido dirigido a las mujeres blancas, occidentales y burguesas excluyendo a todas las mujeres que no cumplían ese patrón. Aunque en la actualidad los feminismos establecen unos parámetros decolonialistas. Establece Adlbi que a la mujer musulmana se la continúa representando como subdesarrollada, analfabeta, pasiva, sexualmente reprimida... con la supuesta incompatibilidad entre feminismo e Islám. “La «islamofobia de género», como la denomina Jasmine Zine (2006), se ha revitalizado en forma de nuevas visiones orientalistas y representaciones de las mujeres musulmanas como hiperreligiosas, políticamente inmaduras y necesitadas de la liberación y rescate a través de intervenciones imperialistas” (Zine, 2006 en Barbero, 2017:41).

El islam desde el feminismo hegemónico se interpreta como opresivo, antidemocrático y contrario a los derechos de las mujeres. Visión que responde a las agendas coloniales. Establece Sirin Adlbi que cuando Estados Unidos invadió Irak dijo que se disponía a liberar a las mujeres

iraquíes, será por que las mujeres estadounidenses no tienen ningún tipo de opresión. La cuestión de las mujeres es transversal a toda esa construcción del islam que esconde los intereses geopolíticos de Occidente respecto a los países de mayoría de población musulmana.

La religión musulmana será feminista atendiendo a la interpretación que se realice del Corán. Al igual que al hiyab, donde muchas teóricas lo consideran como un sometimiento al sistema patriarcal mientras otras lo entienden desde una espiritualidad determinada y le dan un significado liberador. Por tanto, tenemos diferentes tipos de patriarcado en todas las sociedades, mientras en las sociedades occidentales el patriarcado se mueve en términos temporales, en las sociedades árabes se mueve en términos espaciales (Mernissi, 2001).

El relativismo cultural esencialista puede resultar tan perjudicial como la afirmación de la “identidad universal”. Audre Lorde habla de la lesbiana negra como centro de la “casa de la diferencia”; Chela Sandoval pone de relieve “la conciencia opositiva”; Bell Hooks habla del “desplazamiento desde los márgenes al centro” y Gayatri C. Spivak de la “conciencia subalterna”; Gloria Anzaldúa de “la conciencia mestiza”; Trinh T. Min-ha centra su teoría en el “otro inapropiado/inapropiable”, Chandra T. Mohanty en “la mujer del Tercer Mundo”, y así sucesivamente... llegando al transfeminismo.

1.2. Transfeminismo

Como venimos analizando en todo el Capítulo, las corrientes feministas se dejaron fuera muchas luchas corporeizadas y muchos cuerpos disidentes en lucha, “dicen hombre/mujer, blanco/negro, humano/animal, homosexual/heterosexual, válido/inválido, sano/enfermo, loco/cuerdo, judío/musulmán, Israel/Palestina. Decimos ya ves, que tu aparato de producción de verdad no funciona... ¿Cuántas Galileas nos harán falta esta vez para aprender a ponerle un nombre nuevo a las cosas?” (Preciado, 2013:11).

“Resulta evidente que la sexualidad ocupa un lugar muy importante tanto en nuestra opresión como en nuestro proyecto de liberación” (Raquel Osborne, “Sexo, género, sexualidad. La pertinencia de un enfoque constructivista” 1995:31).

Continuamente observamos sistemas de opresión, hasta ahora hemos venido centrándonos en el establecido por el género, la etnia, la religión... en este apartado también vamos a analizar cómo “El desarrollo del moderno sistema sexual ha tenido lugar en un contexto de opresión genérica; además, no cabe duda acerca de que el disfrute sexual ha sido concebido como un atributo y un privilegio masculinos, y de que el modelo de sexualidad vigente es un modelo que favorece al varón. Pero analíticamente convendría separarlos, indica Rubin, aunque ello suponga ir contra corriente de la mayoría del pensamiento feminista, que opina que la sexualidad se deriva del género” (Rubin, 1989 en Osborne, 1995:29). En ocasiones los separaré y en otras, consideraré la específica opresión sexual como derivada del género, dependiendo del enfoque, el contexto y las circunstancias. Desde el posicionamiento general de mi análisis, consideraré, como indica Rubin, de forma separada el sexo y el género, por no considerar ninguna de estas construcciones desde un punto de vista esencialista. Aunque, como nos dice Preciado “la distinción sexo/género remite cada vez más, de forma homóloga, a la distinción entre esencialismo y constructivismo, central en la teoría feminista, gay y lesbiana contemporánea. Todo ocurre como si el sexo y la diferencia sexual (por ejemplo en relación con las funciones biológicas de la reproducción) pudieran comprenderse mejor en un marco esencialista, mientras que el género, construcción social de la diferencia sexual en diferentes contextos históricos y culturales, ganaría si fuese aprehendido con la ayuda de modelos constructivistas. No obstante, la posición esencialista y la posición constructivista tienen un mismo fundamento metafísico. Los dos modelos dependen de su presupuesto moderno: la creencia según la cual el cuerpo entraña un grado cero o una verdad última, una materia biológica (el código genético, los órganos sexuales, las funciones reproductivas) «dada». Esta creencia se encuentra incluso en las posiciones constructivistas más radicales” (Preciado, 2011: 145-146).

“Foucault, en el último período de su vida, llamó «biopolítica» precisamente a esta nueva fase de las sociedades contemporáneas en la que el objetivo es la producción y el control de la vida misma. La nueva biotecnología está anclada, *trabaja* simultáneamente sobre los cuerpos y sobre las estructuras sociales que controlan y regulan la variabilidad cultural. De hecho, es imposible establecer dónde terminan «los cuerpos naturales» y dónde comienzan las «tecnologías artificiales»; los ciberimplantes, las hormonas, los trasplantes de órganos, la gestión del sistema inmunológico humano en el VIH, la web, etc., no son sino algunos ejemplos” (Foucault en Preciado, 2011: 146).

El sistema de dominación y poder que se ejerce sobre el sexo, género y la sexualidad es una forma de violencia “creciente en distintos espacios geopolíticos lejanos y está siendo globalizada puesto que se entreteje con la creación de una subjetividad y una agencia determinadas por las fuerzas de control y de producción del capitalismo. Las mujeres, junto a todos aquellos

sujetos entendidos como subalternos o disidentes de las categorías heteropatriarcales de normalidad y funcionalidad, hemos vivido en la violencia extrema, tanto física como psicológica, y más recientemente la violencia mediática, pues estas han sido parte de nuestra cotidianidad, de nuestra educación” (Valencia, 2013: 1009-1010). Ante la coyuntura del denominado por Valencia, "capitalismo gore", se erige de manera apropiada el concepto de transfeminismo, entendido como “una articulación tanto del pensamiento y la política como de resistencia social que es capaz de conservar como necesarios ciertos supuestos de la lucha feminista para la obtención de derechos en ciertos espacios geopolíticamente diversos, que, al mismo tiempo, integra el elemento de la movilidad entre géneros, corporalidades y sexualidades para la creación de estrategias que sean aplicables *in situ* y se identifiquen con la idea deleuziana de memoria, multiplicidades y singularidades que conformen una organización reticular capaz de una «reapropiación» e intervención irreductibles a los eslóganes de defensa de la “mujer”, la “identidad”, la “libertad”, o “la igualdad”, es decir, poner en común “revoluciones vivas” (Preciado, 2009). “Hay, en el transfeminismo, al mismo tiempo, una conciencia de la memoria histórica que tiene, tras de sí, la herencia aportada por el movimiento feminista de los últimos dos siglos, y una llamada para proponer nuevas teorizaciones sobre la realidad y la condición de las mujeres dentro de esta, pero no solo de las mujeres sino de las distintas corporalidades y disidencias, que marchen a la misma velocidad y ritmo que los tiempos actuales y que tomen en cuenta las circunstancias económicas específicas de los sujetos dentro del precariado laboral (y existencial) internacional. Existe un paralelismo entre el capitalismo gore y la masculinidad hegemónica que «está compuesta por una constelación de valores, creencias, actitudes y conductas que persiguen el poder y autoridad sobre las personas que consideran más débiles»” (Varela, 2005:322).

1.2.1. Evolución histórica y definición de transfeminismo

“Desde hace décadas hablamos de feminismos, en plural. Y al no haber aceptado jamás mando alguno entre nosotras, en cada instante conviven, se entremezclan, discuten, se retroalimentan también multitud de colectivos e individualidades feministas. Nuestra historia no es ni unívoca ni lineal ni nominal ni resumible. Si afirmamos que en un momento dado el feminismo, se institucionalizó y decidió priorizar los intereses de las mujeres burguesas, blancas y heterosexuales, estaremos negando a todas las feministas autónomas, obreras, radicales, putas, gitanas, bolleras que operaban en dicho momento. Es mejor formular el transfeminismo como una actualización más, aquí y ahora, de la radicalidad del feminismo” (Itziar Ziga, “¿El corto verano del transfeminismo?” 2013: 81).

A mediados de los setenta, cuando los derechos sexuales eran aún muy limitados, los feminismos renacen, con las lesbianas como parte activa desde sus inicios. A finales de los ochenta encontramos un movimiento travesti organizado, ligado al movimiento gay y que defiende los derechos de las trabajadoras del sexo. A partir de mediados de los noventa, todo dialoga con el movimiento feminista. Ya en los años dos mil, la influencia del pensamiento y el activismo *queer* ha contribuido al cuestionamiento del binarismo de género y de la dicotomía homo/hetero, pero, sobre todo, ha permitido la articulación de discursos minoritarios, prácticas políticas, artísticas y culturales que estaban emergiendo en las comunidades feministas, okupas, lesbianas, anticapitalistas, maricas¹⁷ y transgénero. De esta forma, la crítica *queer* se ha asentado en nuestro contexto, y en su interacción con el feminismo, el lesbianismo, el movimiento marica y las luchas trans, favoreciendo su conexión.

El término transfeminismo aparece por primera vez en las Jornadas Feministas Estatales del año 2000 en Córdoba en dos ponencias: «El vestido nuevo de la emperatriz» del Grup de Lesbianes Feministes de Barcelona y en «¿Mujer o trans? La inserción de las transexuales en el movimiento feminista» de Kim Pérez. “Sin embargo, en un gesto de desplazamiento geopolítico, pero cercano a los postulados *queer*, el concepto «transfeminista» está siendo reivindicado por algunos colectivos trans-bollo-marica-feministas surgidos en los últimos años en el Estado español. El término transfeminismo es más tangible, más contextualizado, más local, cargado de potencia y de frescura, y que parece contener una importante fuerza movilizadora. Este nuevo vocablo materializa la necesidad política de hacerse cargo de la multiplicidad del sujeto feminista. Pero también es un término que quiere situar al feminismo como un conjunto de prácticas y teorías en movimiento que dan cuenta de una pluralidad de opresiones y situaciones, mostrando así la complejidad de los nuevos retos a los que debe enfrentarse y la necesidad de una resistencia conjunta en torno al género y la sexualidad” (Solá, 2013:18-19).

En el año 2007 se aprueba la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Donde se afianza el control biopolítico de la identidad de las personas trans por parte de la medicina y las ciencias psíquicas a través de los dos requisitos para la realización de la rectificación registral: en primer lugar, el “diagnóstico de disforia de género” mediante informe de un médico o psicólogo clínico colegiado en España o con título homologado. En segundo, el tratamiento médico durante dos años para “acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado” (Ley 3/2007: Artículo 4), lo cual se ha interpretado en la

¹⁷ En este trabajo se utiliza marica o maricón a la hora de referirse a los hombres homosexuales que se han apoderado y empoderado políticamente con este término, lo utilizan para autodefinirse, sin ninguna carga peyorativa.

práctica como un tratamiento endocrinológico, generando un nuevo espacio de autorización y tutela médica.

Las siguientes jornadas feministas estatales tuvieron lugar en 2009 en Granada, y “supone un hito relevante, en la medida en que no sólo los debates sobre los derechos de las personas trans estuvieron presentes, sino que supone un replanteamiento de la relación entre los feminismos y los movimientos trans. Introdujo un compromiso firme por situar las identidades como punto central en la agenda feminista del Estado español y supone el punto de partida de lo que se llama “Transfeminismo”. “En el año 2009 el transfeminismo no era tanto una traducción de una concepción anglosajona como una definición propia, que señalaba de manera plural que los movimientos feministas, y no sólo las mujeres trans* con conciencia feminista, apostaban por cuestionar los binarismos. Suponía ir más allá de los antagonismos mujer/hombre; homo/heterosexual; cis/trans, etc. A menudo se ha afirmado que es una manera de integrar perspectivas más *queer*, decoloniales e interseccionales a un feminismo del Estado español que se plantea como diverso y plural” (Platero & Ortega, 2016: 6).

Pero, ¿Qué es el transfeminismo?, para establecer una definición, primero vamos a descartar de la mano de Itziar Ziga (2009) lo que no queremos que sea la teoría transfeminista. Formularnos como transfeministas es la visibilización de un proyecto colectivo descabezado, supone recuperar radicalidad, multiplicar las alianzas políticas y desesencializar para siempre la identidad sexogenérica. Pero no en oposición al resto de feminismos, no dando por hecho arrogante e ignorantemente que el resto de feministas no son radicales y sí sectarias y biologicistas. Nos dice Itziar Ziga que entender el transfeminismo como una superación del feminismo le horripila y aburre sobremanera. Por tanto, las teorías transfeministas, como su nombre indica, son feministas e incorporan marcas teóricas basadas en otras denominaciones feministas, pues partimos de una base feminista que pretende ser actual y situada, pero no solo transfeminista, por no ser esta considerada finalizada y definitiva, si no en proceso de creación. Un feminismo no-binario, como el transfeminismo, no puede invisibilizar las opresiones de género porque, entonces, simplemente, no será feminista. Una cosa es que la genealogía *queer* haya supuesto una liberación al mostrarnos lugares desde los que rebatir el género que nos fue asignado médica y socialmente al nacer y con el que nunca nos hemos tenido por que sentir cómodas, y otra muy distinta, que por ello, las relaciones de poder de género desaparezcan. Una cosa es que sepamos que el género (la raza, la clase, la opción sexual...) son socialmente contruidos y otra, que no existan. Que las opresiones se cimienten en identidades que pueden cambiar no significa que de hecho, estemos derribando ni remotamente esas opresiones. Hay que incluir como personas oprimidas la larga enumeración que

actualmente explicitamos en nuestras teorías actuales, pero sin olvidarnos de las opresiones preexistentes. ¿Cómo detectamos y combatimos la violencia machista si no podemos hablar de mujeres? ¿Acaso no es precisamente el hecho de ser identificada socialmente como mujer en el seno de una sociedad androcéntrica que legitima la violencia machista lo que te pone en riesgo de ser asaltada por tu padre, tu novio, tu jefe, o cualquier desconocido? ¿Al agresor le va a disuadir de atacarte el hecho de que tú no te nombres en femenino? ¿Al transfeminismo sólo le importan las vidas de quienes no se identifican ni como hombres ni como mujeres? ¿Para qué quiero un transfeminismo que no nos va a servir para defendernos de la violencia machista? Más que nunca, en el feminismo comunitario, en situarse en un lugar concreto, formarse políticamente en grupo, entablar diálogos con otros colectivos, desarrollar actividades abiertas que respondan no solo a las necesidades nuestras, sino también a las del vecindario y ofrecer asesoramiento, apoyo, cuidado, recursos, red, burbujas de bienestar. Y con intención de continuidad. (Ziga, 2013). “Que una mujer no necesite una figura masculina – ya sea otro hombre o un policía- para librarse del acoso machista parece algo todavía más peligroso que la violencia en sí. Que las mujeres podamos aliarnos entre nosotras para estar seguras, mejor ni mencionarlo.” (Ziga, 2009:69).

Establezcamos ahora las pautas para una teoría transfeminista desde la que partir, vamos a hablar de feminismo transfeminista, como nos dice Itziar Ziga, aún encontramos grandes luchas y sujetos de teorías feministas que no han sido superadas y que no podemos dejar de evidenciar en este trabajo.

1.2.2. Aspectos clave de la teoría transfeminista relevantes para el Derecho de asilo

El transfeminismo “no quiere producir. Es una red viva descentralizada. Rechaza una ciudadanía definida a partir de nuestra fuerza de producción o nuestra fuerza de reproducción” (Preciado, 2013: 12-13). El transfeminismo crea nociones, cuerpos habitables y hábitos de vida para los cuerpos feministas que hasta entonces no eran incluidos en su actividad política y teórica, y cuyos aspectos principales, prioritarios, definidores y necesarios para esta investigación pasamos a analizar.

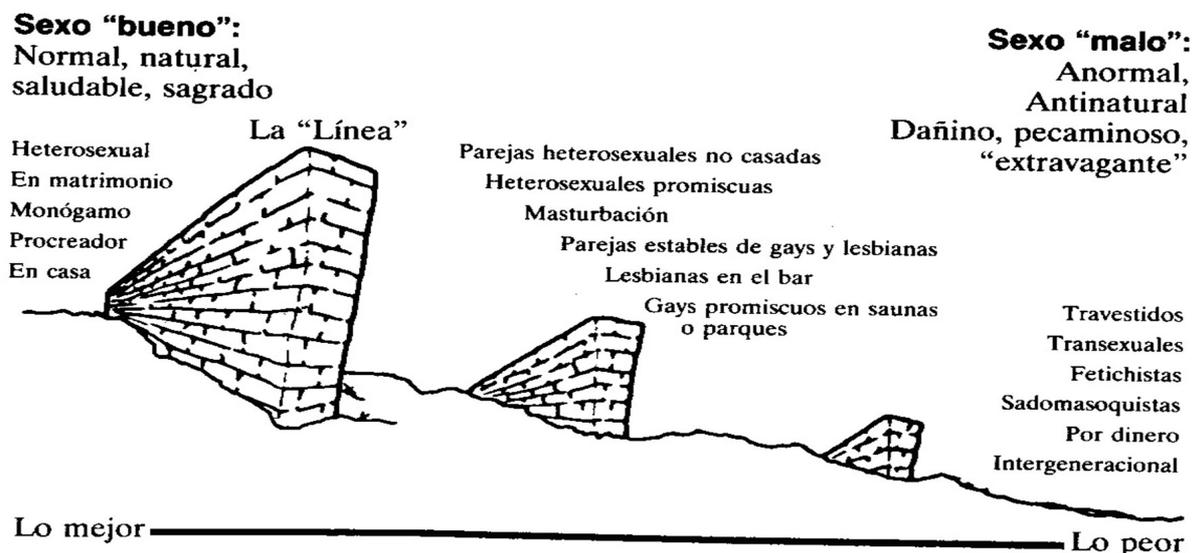
1.2.2.a) Crítica a los discursos heterocentros

Las preferencias u orientaciones sexuales tienen muchas formas y variaciones, evolucionan y pueden ir modificándose, transitan por múltiples estados o etapas a lo largo de la vida de una persona y quizás, no para todas encontremos un concepto definitorio, ni una finalidad específica. Aunque una persona se encuentre en un momento o en una etapa determinada, no se puede obviar que esta sea definitiva o que esta etapa conlleve o esté destinada a la siguiente o a alguna otra. El problema lo encontramos cuando se establece diferente valor y validez a alguno de los estados, de las etapas o tránsitos, así como a algunas prácticas, las cuales se consideran “normales”. Dentro de estas clasificaciones sociales encontramos, atendiendo a su identidad, prácticas, orientación o preferencia, a personas de primera y personas de segunda o categorías de primera y de segunda. Algo que ha expresado con gran lucidez Gayle Rubin al establecer que “las sociedades occidentales modernas evalúan los actos sexuales según un sistema jerárquico de valor sexual. En la cima de la pirámide erótica están solamente los heterosexuales reproductores casados. Justo debajo están los heterosexuales monógamos no casados y agrupados en parejas, seguidos de la mayor parte de los demás heterosexuales. El sexo solitario flota ambiguamente. El poderoso estigma que pesaba sobre la masturbación en el siglo XIX aún permanece en formas modificadas más débiles, tales como la idea de que la masturbación es una especie de sustituto inferior de los encuentros en pareja. Las parejas estables de lesbianas y gays están en el borde de la respetabilidad, pero los homosexuales y lesbianas promiscuos revolotean justo por encima de los grupos situados en el fondo mismo de la pirámide. Las castas sexuales más despreciadas incluyen normalmente a los transexuales, travestís, fetichistas, sadomasoquistas, trabajadores del sexo tales como la prostitución, las prostitutas y quienes trabajan como modelos en la pornografía y la más baja de todas, aquellos cuyo erotismo transgrede las fronteras generacionales” (Rubin ,1989: 18) y nos lo aclara en una ilustración, donde podemos observar como se establece la división entre el sexo “bueno” y el sexo “malo”.

En la ilustración siguiente se explicita la jerarquía sexual, “los individuos cuya conducta figura en lo alto de esta jerarquía se ven recompensados con el reconocimiento de salud mental, respetabilidad, legalidad, movilidad física y social, apoyo institucional y beneficios materiales. A medida que descendemos en la escala de conductas sexuales, los individuos que las practican se ven sujetos a la presunción de enfermedad mental, a la ausencia de respetabilidad, criminalidad, restricciones a su movilidad física y social, pérdida del apoyo institucional y sanciones económicas. Un estigma extremo y punitivo mantiene en bajo status a algunas conductas sexuales y, de hecho,

constituye una sanción contra quienes las practican. Las raíces de la fuerza de este estigma se encuentran en las tradiciones religiosas occidentales, pero la mayor parte de su contenido contemporáneo es resultado del oprobio médico y psiquiátrico” (Rubin, 1989: 18).

Ilustración 2: La jerarquía sexual: La lucha por dónde trazar la línea divisoria.



Fuente: Gayle Rubin "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad" Madrid, 1989.

Este sistema es una construcción social, en un principio "los viejos tabúes religiosos procedían de formas de organización social, basadas en el parentesco. Su función era la disuasión de uniones no apropiadas y la difusión de relaciones adecuadas. Las leyes sexuales derivadas de los pronunciamientos bíblicos tenían por objetivo impedir el encuentro de compañeros con relaciones incorrectas: consanguineidad (incesto), el mismo género (homosexualidad) o la especie equivocada (bestialismo). Cuando la medicina y la psiquiatría lograron adquirir un amplio poder sobre la sexualidad, les preocuparon menos los compañeros incorrectos que las formas de deseo sexual no apropiadas. Mientras que los tabúes contra el incesto caracterizaban de forma óptima a los sistemas de organización sexual basados en el parentesco, el cambio hacia el énfasis en los tabúes contra la masturbación era más conveniente a los nuevos sistemas organizados en torno a las cualidades de la experiencia erótica" (Rubin, 1989:18-19). Necesitamos plantearnos cuál es su función actual para que "las sociedades occidentales modernas evalúen los actos sexuales según un sistema jerárquico de valor sexual. Encontramos la necesidad de trazar y mantener una frontera imaginaria entre el

sexo bueno y malo. La mayor parte de los discursos sobre sexo, ya sean religiosos, psiquiátricos, populares o políticos delimitan a una porción muy pequeña de la capacidad sexual humana y la califican de segura, saludable, madura, santa, legal o políticamente correcta. La "frontera" separa a éstas del resto de las conductas eróticas, a las que se considera peligrosas, psicopatológicas, infantiles, políticamente condenable u obra del diablo. Las discusiones por tanto versan sobre "dónde trazar la línea divisoria" y determinar a qué otras actividades se les podría permitir cruzar la frontera de la aceptabilidad" (Rubin, 1989:20). Pero en la actualidad, a la única respuesta a la que llegamos para justificar estas jerarquías, es que "todas estas jerarquías de valor sexual -religiosas, psiquiátricas y populares- funcionan de forma muy similar a los sistemas ideológicos del racismo, el etnocentrismo y el chovinismo religioso. Racionalizan el bienestar de los sexualmente privilegiados y la adversidad de la "chusma" sexual" (Rubin, 1989:20).

La sexualidad "buena", "normal" y "natural" sería idealmente heterosexual, marital, monógama, reproductiva y no comercial. Sería en parejas, dentro de la misma generación y se daría en los hogares. Excluye de la condición de "normal" la pornografía, los objetos fetichistas, los juguetes sexuales de todo tipo y cualesquiera otros papeles que no fuesen el de macho y hembra. Cualquier sexo que viole estas reglas es "malo", "anormal" o "antinatural". "El sexo malo es el homosexual, promiscuo, no procreador, comercial o el situado fuera del matrimonio. Será la masturbación, las orgías, el encuentro sexual esporádico, el cruce de fronteras generacionales y el realizado en "público" o al menos en los arbustos o en las baños públicos. Utilizará la pornografía, los objetos fetichistas, los juguetes sexuales o roles distintos a los tradicionales" (Rubin, 1989: 21).

"La mayor parte de los discursos sobre sexo, ya sean religiosos, psiquiátricos, populares o políticos delimitan a una porción muy pequeña de la capacidad sexual humana y la califican de segura, saludable, madura, santa, legal o políticamente correcta. La "frontera" separa a estas del resto de las conductas eróticas, a las que se considera peligrosas, psicopatológicas, infantiles, políticamente condenables u obra del diablo. Las discusiones por tanto, versan sobre "dónde trazar la línea divisoria" y determinar a qué otras actividades se les podría permitir cruzar la frontera de la aceptabilidad. Todos estos modelos asumen una teoría del dominó del peligro sexual. La frontera parece levantarse entre el orden sexual y el caos, y es una expresión del temor de que si se le permite a algo cruzarla, la barrera levantada contra el sexo peligroso se derrumbará y ocurrirá alguna catástrofe inimaginable. Este tipo de moralidad sexual tiene más en común con las ideologías racistas que con la verdadera ética. Concede la virtud a los grupos dominantes y relega el vicio a los no privilegiados. Una moralidad democrática debería juzgar los actos sexuales por la forma en que se tratan quienes participan en la relación amorosa, por el nivel de consideración

mutua, por la presencia o ausencia de coerción y por la cantidad y calidad de placeres que aporta. El que los actos sean homosexuales o no, en parejas o grupos, desnudos o en ropa interior, libres o comerciales, con o sin vídeo, no debiera ser objeto de preocupación ética” (Rubin, 1989: 21-22).

También podemos observar que esta jerarquía, no solo se establece en relación a las prácticas sexuales, tiene que ver con la identidad, “existe una correlación entre la homofobia y la violación de los derechos humanos de las personas homosexuales con la denigración de lo femenino” (Wetzel, 2001:15). Y con el contexto histórico cultural, en el Estado español se establece atendiendo a la jerarquía establecida como “normal” en el contexto occidental y desde la óptica católica. “En algunas sociedades de Nueva Guinea, por ejemplo, las actividades homosexuales son obligatorias para todos los hombres. Los actos homosexuales son considerados completamente masculinos, los roles se determinan por la edad y los compañeros por status de parentesco. Aunque estos hombres tienen conductas homosexuales y pedófilas, no son ni homosexuales ni pederastas” (Rubin, 1989:25).

Desde donde miran los discursos heterosexuales normativos, algunos actos sexuales se consideran tan intrínsecamente malos que a nadie debe permitírsele realizarlos bajo ninguna circunstancia. El hecho de que los individuos consientan en ello o incluso los prefieran es considerado como evidencia adicional de su depravación. “El sistema de legislación sobre la sexualidad es similar al racismo legalizado, convierte a los homosexuales en un grupo criminal al que se niegan los privilegios de la ciudadanía plena. El Estado sostiene la jerarquía sexual también por medio de la reglamentación burocrática. [...] La ley refuerza y apuntala la estructura de poder, los códigos de conducta y los prejuicios. En sus peores extremos, las leyes sexuales son pura y simplemente apartheid sexual” (Rubin, 1989:33). “La ideología sexual juega un papel crucial en la experiencia sexual. En consecuencia, las definiciones y valoraciones de la conducta sexual son objeto de amargas luchas. Los enfrentamientos entre el temprano movimiento de liberación gay y el establishment psiquiátrico son el mejor ejemplo de este tipo de luchas, aunque las escaramuzas son constantes. Periódicamente, se dan también batallas entre los principales productores de ideología sexual -las iglesias, la familia, los medios de comunicación pública y los psiquiatras- y los grupos cuya experiencia es clasificada, distorsionada y puesta en peligro por los primeros” (Rubin, 1989: 36). “El sistema de estratificación sexual proporciona víctimas fáciles que carecen de poder para defenderse y un aparato preexistente para controlar sus movimientos y restringir sus libertades. El estigma contra los disidentes sexuales los convierte en moralmente indefendibles. Todo pánico moral tiene consecuencias a dos niveles: la población objeto del mismo es la que más sufre, pero los cambios sociales y legales afectan a todos” (Rubin, 1989:40) y todas.

1.2.2.b) Cuestionamiento de los binarismos en el ámbito del Derecho de asilo

El binarismo reduce los conceptos a uno y su contrario, sin tener en cuenta la variedad que en temas de sexo, género y sexualidad podemos encontrar entre un concepto y su contrario, o más allá de los mismos.

La teoría y la práctica feministas en torno al género tratan de explicar y de cambiar los sistemas de diferencia sexual en los que «los hombres» y «las mujeres» están constituidos y situados socialmente en relaciones de jerarquía y de antagonismo. La definición de género tuvo mucha importancia por poner de manifiesto lo cultural en el proceso de dominación de las mujeres, pero no logra superar los dualismos, ya que se fundamenta en una nueva dicotomía, la que opone el sexo al género, cuando caracteriza al sexo como lo relacionado con lo biológico y al género con lo social, es decir, tiende a esencializar las categorías masculino y femenino. Y esta polaridad no hace más que reproducir la oposición naturaleza-cultura y el dualismo cuerpo-mente que han marcado el pensamiento occidental desde sus orígenes (Olsen, 2000). El *sistema sexo/género* de Gayley Rubin (1975) no llega a explicar cómo funcionan las relaciones de poder que permiten mantener el *status quo* de subordinación de las mujeres. El término género se utiliza como un término meramente descriptivo de la organización social que, si bien parte de que las relaciones entre los géneros son sociales, “nada dice acerca de por qué esas relaciones están construidas, cómo lo están, cómo funcionan o cómo cambian, y que carece por tanto, de capacidad analítica para enfrentar los paradigmas históricos existentes” (Scott, 1990:29 en Miguel, 2014). “La voluntad y el deseo que un análisis más profundo de la diferencia sexual muestra que el llamado sexo biológico no proporciona una base tan sólida para justificar el género, más bien, parece que el sexo amenaza con subvertir el género binario. No es cierto que la especie humana se divida “solamente en dos”, que todas las personas puedan ser clasificadas como hembras o machos y que no haya otra posibilidad: los cuerpos de las personas intersexuales cortocircuitan la posibilidad de fundar el género en una distinción aporosa entre cuerpos 'machiles' y 'hembriles'” (Coll-Planas, 2009: 87).

Los binarismos no describen la realidad, la estructuran. Monique Witting (1992) nos dice que la categoría de sexo no es ni invariable ni natural, más bien es una utilización específicamente política de la categoría de naturaleza que obedece a los propósitos de la sexualidad reproductiva. En la actualidad, no hay ningún motivo para clasificar los cuerpos humanos en masculino y femenino a excepción de que dicha clasificación sea útil para las necesidades económicas de la heterosexualidad y le proporcione un brillo naturalista a esta institución. Por consiguiente, para

Witting no hay ninguna división entre sexo y género; la categoría de “sexo” es en sí una categoría *con género*, conferida políticamente, naturalizada pero no natural. La segunda afirmación que hace Witting es que una lesbiana no es una mujer. Una mujer, afirma, sólo existe como un término que fija y afianza una relación binaria y de oposición con un hombre; para Witting, esa relación es la heterosexualidad. Una lesbiana, dice, al repudiar la heterosexualidad ya no se define en términos de esa relación de oposición. En realidad, una lesbiana va más allá, según ella, de la oposición binaria entre mujer y hombre; no es ni mujer ni hombre; pero, asimismo, no tiene sexo; trasciende las categorías de sexo. Al rechazar esas categorías, la lesbiana revela la constitución cultural contingente de esas categorías y la hipótesis tácita pero permanente de la matriz heterosexual. Así pues, podríamos afirmar que, para Witting, no se nace mujer sino que se llega a serlo, como también afirmaba Beauvoir; pero además, no se nace de género femenino, *se llega a serlo*; y si una quisiera, podría no llegar a ser ni de género femenino ni masculino, ni mujer ni hombre. El “sexo femenino” no denota ningún otro sexo, como en “sexo masculino”; el “sexo femenino” sólo se denota a sí mismo, imbricado¹⁸, por así decirlo, en el sexo, encerrado en lo que Beauvoir denominaba el círculo de inmanencia. Así, Witting llega a la conclusión de que “en nuestros cuerpos y nuestras mentes estamos obligados a pertenecer, rasgo por rasgo, a la idea de naturaleza que se nos ha ofrecido [...]; “hombres” y “mujeres” son categorías políticas y no hechos naturales” (Witting, 1992: 32).

No sólo encontramos categorías que no encajan en las estructuras binarias, sino que como Laurentis definió, el género es la construcción social de la «mujer» y del «hombre» y la producción semiótica de la subjetividad. El género tiene que ver con «la historia, con las prácticas y con la imbricación de significado y experiencia», es decir, con «los efectos mutuamente constitutivos en la simbología del mundo externo de la realidad social con el interno de la subjetividad» (Laurentis, 1984: 158). Teresa de Laurentis introdujo el concepto de “tecnología de género” para referirse al hecho de que el género es el resultado de un complejo dispositivo de poder cuyos efectos se materializan en los cuerpos, los comportamientos y las relaciones sociales (Laurentis, 1989). En las estructuras cerradas del binarismo es necesario, como establece Laurentis y describe Witting, construir una forma de entender el género menos rígida y cerrada a la presencia de otras diferencias, algo que acogemos con gratitud en este trabajo, pues entendemos que el binarismo es una forma estricta de división social poco real, que busca una finalidad heteropatriarcal.

¹⁸ RAE: Dicho de las hojas, de las semillas y de las escamas: Sobrepuestas unas a otras como las tejas de un tejado.

1.2.2.c) Concepción antiesencialista del sexo

El sexo no se reduce a ser una entidad anatómica, cromosómica, hormonal, supuestamente natural, sino que la dualidad de los sexos se establece a través de una historia, de una genealogía que presenta las oposiciones binarias como una construcción variable, y que los hechos supuestamente naturales del sexo se producen por medio de discursos científicos al servicio de otros intereses políticos y sociales. La categoría sexo es una construcción cultural en la misma medida que el género. El sexo y el género dejan de ser términos complementarios ya que el sexo queda integrado en el género (Butler, 1990; 2007). Las señales y funciones corporales que definimos como masculinas o femeninas están ya imbricadas en nuestras concepciones del género. Cuando ponemos de manifiesto el peligro de estas generalizaciones, no pretendemos ir en contra de todo tipo de generalizaciones sino propugnar que deben llevarse a cabo generalizaciones cuidadosas e históricamente específicas y contextualizadas que respondan a realidades complejas. Existe el peligro de caer en el esencialismo al asumir que todas las mujeres tienen similares atributos y experiencias, ignorando la influencia que otras variables como la raza, clase, riqueza y la preferencia sexual puede tener en la posición de las mujeres (Spelman, 1988).

Según Butler, el género y su sentido se construyen a través de su propia reiteración, de la repetición constante de los gestos y enunciados que lo acompañan. Para comprender cómo la repetición de estos gestos y enunciados son capaces de producir efectos reales como el género, Butler utiliza la noción de “actos performativos” de Austin¹⁹, quien desde la filosofía del lenguaje establece que existe un tipo de enunciados que no son meramente descriptivos, sino que su uso constituye la realización de un acto. Mientras que de los enunciados descriptivos puede decirse que son verdaderos o falsos, los performativos se juzgan en función de su éxito o su fracaso, puesto que no tienen un referente anterior al enunciado. Para Butler, los enunciados de género son de este tipo, de tal modo que cuando se afirma “esto es una niña” o “esto es un niño”, en realidad no se está describiendo un hecho (tener tal o cual sexo) sino produciendo una verdad (Butler, 1990). Si esto es así, significa que no existe una esencia o una naturaleza que sea previa y defina el género, un referente externo al discurso del que derivar su significado, sino una serie de dispositivos que lo regulan y lo construyen como una verdad natural. En este sentido, el sexo no sería un dato de la realidad del que partir sino un producto de los efectos del género. Y por tanto, considerado como algo también creado. “El género es una complejidad cuya totalidad se posterga de manera

¹⁹ John Langshaw Austin, filósofo del lenguaje que acuñó este término en su obra *Cómo hacer cosas con palabras*.

permanente, nunca aparece completa en una determinada coyuntura en el tiempo. Así, una coalición abierta crea identidades para que alternativamente se instauren y se abandonen en función de los objetivos del momento; se tratará de un conjunto abierto que permita múltiples coincidencias y discrepancias sin obediencia a un *telos* normativo de definición cerrada” (Butler, 2007:70). Tal vez, “paradójicamente, se demuestre que la “representación” tendrá sentido para el feminismo únicamente cuando el sujeto de las “mujeres” no se dé por sentado en ningún aspecto” (Butler, 2007:53). “La representación de la sexualidad femenina como rotundamente diferente de una organización fálica de la sexualidad todavía es problemática” (Butler, 2007:93).

Las políticas transfeministas han hecho visibles las subjetividades que desde los márgenes evidencian el carácter contingente y construido de las posiciones consideradas “normales”, preguntándose por su legitimidad y por las relaciones de poder que las acompañan. Bolleras, maricas, transexuales, *butch/fem*, intersexuales, osos y *queer* aparecen como expresiones en los márgenes que cuestionan la centralidad de los lugares hegemónicos y dibujan resistencias encargadas de las violencias que impone el sistema heteropatriarcal. El discurso sobre la identidad de género es intrínseco a las ficciones de coherencia heterosexual, las feministas necesitamos aprender a producir legitimidad narrativa para una gran colección de géneros no coherentes (Butler, 1990). “La pérdida de las reglas de género multiplicaría diversas configuraciones de género, desestabilizaría la identidad sustantiva y privaría a las narraciones naturalizadoras de la heterosexualidad obligatoria de sus protagonistas esenciales: «hombre» y «mujer». La reiteración paródica del género también presenta la ilusión de la identidad de género como una profundidad inmanejable y una sustancia interior. Como consecuencia de una performatividad sutil y políticamente impuesta, el género es un «acto», por así decirlo, que está abierto a divisiones, a la parodia y crítica de uno mismo o una misma y a las exhibiciones hiperbólicas de «lo natural» que, en su misma exageración, muestran su situación fundamentalmente fantasmática” (Butler, 2007:284-285).

1.2.2.d) Resistencia a la normalización

Si no existe un sujeto definido en torno a una identidad única, las luchas tampoco pueden enunciarse bajo una única identidad. Las luchas deben ser capaces de dar cuenta de esta complejidad. ¿Cómo ser capaces de dar cuenta de esta complejidad sin perderse en las diferencias y

sin aplastarlas ni jerarquizarlas? La propuesta sobre la “alianza” o la “coalición” de Butler (1990) investiga en esta línea: se trata de desarrollar propuestas de políticas de coalición que no presupongan cuál es el contenido de “mujeres”, sino encuentros dialógicos en los que se articulen distintas identidades. Tal vez algo de lo que implica la comprensión dialógica supone aceptar la divergencia y la fragmentación como parte del proceso, generalmente tortuoso de la “democratización”. Es importante pensar el significado que adquieren las diferencias en el contexto del desarrollo del neoliberalismo. Los estudios de Foucault sobre el poder habían puesto sobre la mesa el paso de un poder soberano a un poder disciplinario. Este poder disciplinario, poder de normalización, de reducción subjetiva, de adiestramiento, de control institucional, es el poder frente al que la afirmación de las diferencias cobraba un sentido fuerte: singularidad, autonomía, creatividad, proliferación de diferencias, o expresión de nuevas subjetividades.

Actualmente el poder ha hecho suya la consigna que afirmaba la necesidad de liberarse de toda estructura y atadura. Así, estos elementos han dejado de constituir nombres de resistencias y han pasado a ser propiedad del capital, de los mercados y de una forma de vida que, paradójicamente, es elegida e impuesta al mismo tiempo. El control ya no pasa por la sujeción disciplinaria de los cuerpos, sino por la exigencia de liberación de toda estructura, la adaptación a los cambios, la flexibilidad y la invención creativa y autónoma “de sí”. Uno de los efectos de este giro es que la fragilidad, la vulnerabilidad, la contingencia, la precariedad de los lazos que nos unen a las cosas y a las personas, se ha hecho más evidente que nunca. Hacer del cuerpo, la salud, la enfermedad, la vejez, el paso del tiempo o la muerte un tema y un posible nuevo campo abierto a la penetración de los mercados. La conexión del capital con la condición existencial del ser humano como un ser vulnerable y carente de una esencia que lo determine a priori está teniendo enormes consecuencias sobre el conjunto de la vida. Asistimos a un retroceso en materia de derechos (culturales, sanitarios y educativos) que afecta a todos los ámbitos de la vida y que se combina con la privatización de la existencia: en la medida en que existe la idea de que la vida es un proyecto individual, los derechos dejan de ser una cuestión social y se convierten en una batalla a conquistar de manera personal.

En Lotta recogieron ya en los años setenta a través de la consigna en la que se afirmaba que “lo personal es político”, la idea que también fue expresada en la *Política Sexual* de Kate Millet de 1969. Algo que también nos dice Butler cuando establece que “el sujeto o agente se construye a través de la acción política” (Butler, 2006:278). ¿Pero dónde empieza y termina lo político? Las personas transexuales, bolleras, maricas y putas viven permanentemente en el limbo de la sospecha. El foco de la sospecha que recae sobre las personas transexuales es un ardid activado por las

consultas de psiquiatría de las unidades de los hospitales públicos que seleccionan, mediante la extensión o la negación de un certificado, a quienes son verdaderamente transexuales respecto de quienes, teóricamente, no lo son” (Sentamans {O.R.G.I.A.} 2013: 50) ¿Dónde quedan las personas transgénero o *queer*?. El análisis de que lo personal es lo político nació de la concienciación. Tiene cuatro facetas interconectadas: primera, las mujeres como grupo están dominadas por los hombres como grupo, y por tanto como individuos. Segunda, las mujeres están subordinadas en la sociedad no por su naturaleza personal ni por su biología. Tercera, la división de los sexos, que incluye la división sexual en el trabajo que mantiene a las mujeres en los puestos de tacones altos y categorías bajas, invade y determina incluso los sentimientos personales en las relaciones de las mujeres. Cuarta, puesto que los problemas de una mujer no son suyos individualmente, si no que son los de las mujeres en conjunto, no pueden resolverse si no es como conjunto. “En este análisis del sexo como característica antinatural de la división del poder en la sociedad, lo personal se convierte en lo político” (Mackinnon, 1995: 172-173) y las luchas contra la normalización una base transfeminista.

En este punto, evidenciamos la crítica que se plantea a la función normalizadora que tiene la identidad de la mano de Platero, “donde la teoría *queer* cuestiona la posibilidad de cierta “esencia” propia que generase las identidades (ser mujer y homosexual, por ejemplo), señalando que las posiciones de los sujetos (que podemos entender como identidades) forman parte de cierta normatividad. De esto se extrae que lo *queer* no sería tanto una conformación de una nueva identidad distinta de otras, como la homosexualidad o la heterosexualidad, sino el señalamiento de ciertas prácticas de la vida cotidiana, el activismo o la investigación que contribuyen a ese cuestionamiento de la normalidad y de la reificación de las identidades. Es relevante que el término *queer* se puede usar como verbo (*queering*), enfatizando que se trata de acciones, movimientos y pensamientos dinámicos que imprimen cierto cambio de perspectiva, señalando que la teoría *queer* es potencialmente un método o una metodología que, por otra parte, no se ha explorado lo suficiente” (Gunn y McAllister, 2013 en Platero, 2014:80).

1.2.2.e) Alianza con las sexualidades disidentes

Sería un problema asumir que las mujeres forman un grupo o categoría coherente y que sus objetivos e intereses deben también ser similares. Lo que resulta problemático en este uso de “mujeres” como grupo, como categoría de análisis estable, es que se asume una unidad antihistórica

y universal entre las mujeres, fundada en la noción generalizada de su subordinación. En vez de demostrar analíticamente la producción de las mujeres como grupos socioeconómicos y políticos dentro de contextos locales particulares. “El género, si bien en un primer momento era entendido como la construcción cultural de diferencia sexual, poco a poco ha ido mutando, ampliando sus horizontes, hasta su conceptualización como sistema de opresión que afecta directamente a otros individuos o grupos, más allá de las mujeres, que el feminismo tradicionalmente no había incluido en su sujeto de representación. En segundo lugar, este movimiento de deconstrucción del género trata de poner en el centro de los debates feministas la especificidad de la opresión sexual, sin que esta esté eclipsada por el género; y el cuestionamiento de la norma heterosexual como régimen político-económico y como base de la división sexual del trabajo o de las desigualdades estructurales entre los géneros. Hablamos, en definitiva, de cambios que, desde los años ochenta, han traído consigo el emerger de una polifonía de voces, dando lugar a una serie de micropolíticas postidentitarias” (Solá, 2013: 17).

Encontramos un amplio abanico de realidades, no tenemos por qué encontrar lesbianas marimacho o gays afeminados y estas personas no siempre tienen que conocer la realidad del “ambiente” de su ciudad o lugar de origen, ni saber nada sobre el movimiento que existe alrededor de estas realidades. “Gay no es a hetero lo que copia a original sino, más bien, lo que copia es a copia. La repetición paródica de “lo original” muestra que esto no es sino una parodia de la idea de lo natural y lo original. Aunque el género parezca congelarse en las formas más reificadas, el “congelamiento” en sí es una práctica persistente y maliciosa, mantenida y regulada por distintos medios sociales” (Butler, 2007: 98). Y todas estas realidades generan identidades, o viceversa, “para ampliar lo vivible, se considera fundamental ampliar lo visible. Visibilidad significa existencia, y la producción de nuevas imágenes con nuevos significados abre una nueva puerta a que la experiencia simbólica y real se nutra, creciendo de modo irregular, y desbordando los compartimentos estancos. La sociedad tiende a reconocer lo que ya ha conocido, es decir, una imagen que se ajuste a la lógica de una visión del mundo basada en un conjunto de patrones culturales heredados. Como dice Bourdieu, «lo visible no es sino lo legible»” (Sentamans {O.R.G.I.A.} 2013: 36)

Esta diversidad transfeminista conlleva diálogo y alianzas de lucha común. El esfuerzo realizado en este sentido por los primeros grupos *queer* en el Estado español ligando las prácticas bolleras y maricas con las luchas contra la discriminación; elaborando el sida como problema común, político, más allá del caso particular y las identidades; repensando la insumisión como crítica a un orden de valores; o la contundencia frente al neoliberalismo y al consumo rosa nos

permite ver la necesidad de que estas alianzas se produzcan y “el potencial del concepto de discriminación frente al de igualdad como motor del cambio jurídico” (Barrère, 2008:54).

1.2.2.f) Sistema de dominación y poder

Por lo mismo que el derecho es un instrumento de consolidación de las relaciones de poder, también resulta (o puede resultar) un instrumento de cambio en las mismas. Para que el derecho resulte un instrumento de cambio en las relaciones de poder son necesarios el movimiento y la presión social de los grupos afectados, pero también de “profesionales” del derecho que participen del ideal de justicia que está detrás del movimiento y que contribuya a canalizar o dar “forma jurídica” a las demandas de los grupos que se sienten injustamente tratados (M^a Ángeles (Maggy) Barrère “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, 2008: 66-67).

La igualdad no es una cuestión de diferencia sino un tema de dominio y de poder (*enfoque del dominio*, Mackinnon, 1984; Charlesworth, 1994). No se trata de luchar contra la discriminación sino contra la subordinación y el sistema de dominación y poder que supone que “las personas que no cumplimos esta normalidad podemos existir en los márgenes, pero siempre que seamos profundamente desgraciadas. De nosotras prefieren ofrecer siempre imágenes victimistas, no vaya a ser que cunda el ejemplo.” (Ziga, 2009:90) Existe un paralelismo entre el capitalismo gore y la masculinidad hegemónica que «está compuesta por una constelación de valores, creencias, actitudes y conductas que persiguen el poder y autoridad sobre las personas que consideran más débiles» (Varela, 2005:322). Muchos de los términos relacionados con la disidencia de género y sexo se convierte en un insulto, un instrumento de control y violencia para que las personas no abandonen sus roles. “Otro mecanismo muy significativo en los procesos de subordinación es la invisibilización: la invisibilización de la discriminación de género y la invisibilización de la homosexualidad, produce la invisibilización extrema, el silencio, lejos de ser un factor positivo, refleja el peor de los desprecios, ya que niega la existencia del otro” (Viñuales, 2002: 107). Cada una de las experiencias de una persona es fruto de la interrelación de muchas estructuras socialmente construidas (Platero, 2012). “Es necesario superar el modelo de sexualidad hegemónico que facilita no sólo la reproducción biológica (relaciones de reproducción), sino también el resto de cuestiones materiales y económicas (relaciones de producción), reproduciendo en ambos casos las relaciones de género. Este sistema esencializa, además, identidades sexuales como la

homosexualidad o la heterosexualidad, que son en realidad complejos institucionales modernos y contruidos socialmente, y las convierte en una realidad naturalizada y dicotómica” (Rubin, 1989:131).

“El concepto de discriminación intergrupala se presenta, en definitiva, como un concepto dinámico, que implica un deber del Estado y la cultura jurídica a un doble nivel: 1) de reconocimiento de un papel en la producción y reproducción de la discriminación intergrupala; y 2) de intervención en su detección y eliminación, de tal manera que, si no existe una actuación por parte del Estado, éste, en su inactividad, a través de su conducta pasiva, estará discriminando por omisión” (Barrère. 2008:58). Partiendo de un planteamiento feminista. “En lo que ahora respecta, esto supone reconocer que la discriminación intergrupala no tienen el mismo alcance “estructurante” (ni cualitativa ni cuantitativamente) en las relaciones intergrupales, en la medida en que han sido y siguen siendo las mujeres (respecto de los hombres) quienes, sin ser ninguna minoría (numéricamente hablando), han estado y siguen estando sujetas a la discriminación intergrupala de mayor calado social (empleo, familia, violencia masculina, sexualidad, educación, cultura, estado)” (Barrère, 2008:59).

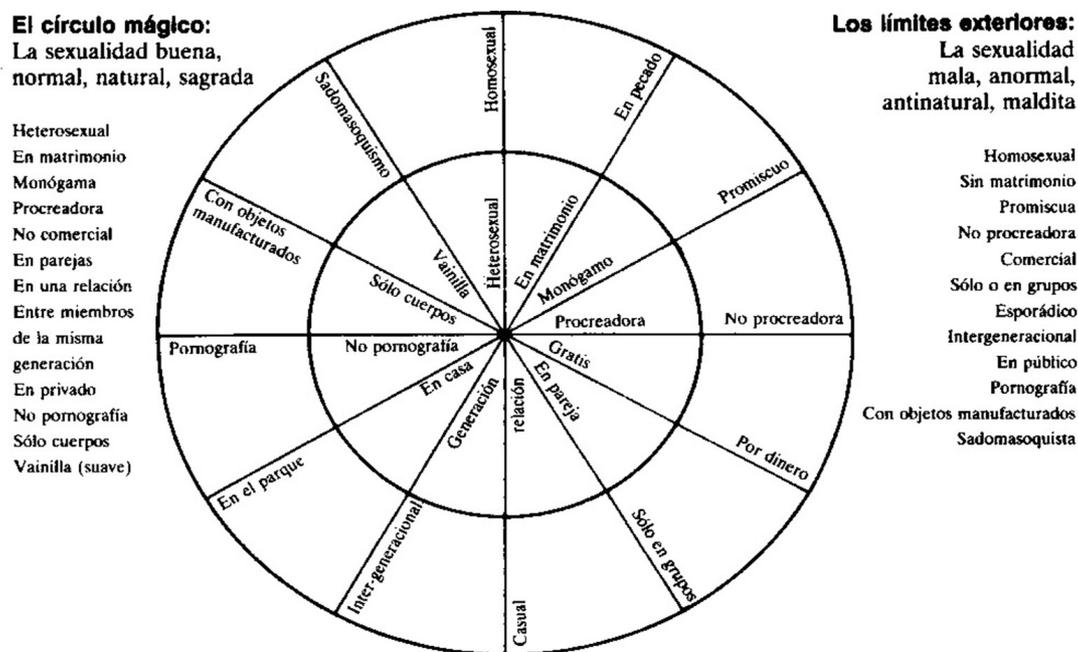
Las sociedades occidentales modernas evalúan los actos sexuales según un sistema jerárquico de valor sexual. “Una teoría radical del sexo debe identificar, describir, explicar y denunciar la injusticia erótica y la opresión sexual. Necesita, por tanto, instrumentos conceptuales que puedan mostrarnos el objeto a estudiar. Debe construir descripciones ricas sobre la sexualidad, tal y como esta existe en la sociedad y en la historia, y requiere un lenguaje crítico convincente que transmita la crueldad de la persecución sexual [...] Ciertos rasgos persistentes del pensamiento sexual inhiben el desarrollo de una teoría de este tipo. Tales supuestos, están tan profundamente enraizados en la cultura occidental que raramente son cuestionados. Por tanto, tienden a reaparecer en diferentes contextos políticos, adoptando nuevas expresiones retóricas, pero reproduciendo los mismos axiomas fundamentales” (Rubin, 1989: 13).

Esta jerarquización queda explicitada en el círculo mágico versus los límites exteriores, de Gayle Rubin, donde observamos una parte interior con lo aceptado, considerado como “bueno”, es el núcleo social de aceptación, lo que encontramos en el círculo más amplio es la periferia de admisión, es decir, los márgenes de lo admitido y por tanto, lo no aceptado por el sistema.

En momentos de crisis, en un momento de conflicto o en un momento de guerra, todas estas acepciones entendidas en el sentido amplio de los términos, se permite que uno de los estratos de la periferia entre y pase a formar parte del núcleo de aceptación, mientras no se altere el *estatu*

quo de lo que se encuentra en el núcleo, es decir, mientras no se alteren el resto de estratos o acepciones que se requieren para encontrarse dentro del círculo de aceptación y mientras se vuelva a cerrar con otro estrato que se mantenga fuera el círculo de exclusiones, es decir, mientras otra parte del sistema pase a ser periferia.

Ilustración 3: Círculo Mágico.



Fuente: Gayle Rubin "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". Madrid. 1989.

Esto nos sirve para explicar lo que ocurre con muchas materias, y por ejemplo, lo que ocurre con el Derecho de asilo y refugio que veremos posteriormente, donde encontramos un núcleo de aceptación y una periferia de denegación, pero atendiendo a unas determinadas circunstancias o en un determinado momento, se pueda llegar a incluir una de las acepciones denegatorias como positivas, pasando a formar parte del círculo que conforma el núcleo positivo o de aceptación, siempre que otra parte del sistema pase a formar parte de la periferia y así se logre cerrar el círculo de nuevo. Gayle Rubin también explicita la necesidad de contextualizar. “El nuevo pensamiento sobre el sexo ha traído consigo un bienvenido énfasis en la idea de que los términos sexuales deben referirse a sus contextos históricos y sociales propios, además de un cauto escepticismo frente a las generalizaciones” (Rubin, 1989: 16).

1.2.2.g) Interseccionalidad

“Desde la óptica de Steven Seidman (1996), la teoría *queer* aporta además una mirada multidisciplinar sobre las identidades que es múltiple, cuestión que podríamos nombrar actualmente como interseccional” (Seidman 1996 en Platero, 2014: 81). Definida como un “proceso que contribuye a generar conciencia sobre cómo diferentes fuentes estructurales de desigualdad (u “organizadores sociales”) mantienen relaciones recíprocas. Es un enfoque que subraya que el género, la etnia, la clase, o la orientación sexual, como otras categorías sociales, lejos de ser “naturales” o “biológicas”, son construidas y están interrelacionadas. No se trataría tanto de enumerar y hacer una lista inacabable de todas las desigualdades posibles, en una especie de “Juegos Olímpicos de la Desigualdad” (*Opression Olympics*, Hancock, 2011), superponiendo una tras otra, sino de fijarse en aquellas manifestaciones e identidades que son determinantes en cada contexto y en cómo son encarnadas por los sujetos para darles un significado que es temporal (Platero, 2012; 2014: 81). “La interseccionalidad hace alusión a unas desigualdades u organizadores sociales que estructuran las vidas de las personas y que, muy a menudo, se pierden junto a un lánguido etcétera al final de una lista. Este mismo etcétera representa la imagen borrosa de un sujeto político que no es evidente ni pre-existente y que se construye en al acción” (Butler, 2007: 278-279 en Platero, 2014:81-82)

A finales de los años ochenta y ya en el ámbito académico y desde el estudio del derecho, Kimberlé Williams Crenshaw popularizó el término «intersectionality» (interseccionalidad), para mostrar las “diferentes formas en las que la raza y el género interactuaban y configuraban las experiencias multidimensionales de las mujeres Negras en el ámbito del empleo que no podían ser aprehendidas desde una mirada monofocal a la discriminación” (Crenshaw, 1989:139). La discriminación múltiple ha sido un término frecuentemente utilizado en el ámbito legal y especialmente en la legislación de la Unión Europea²⁰, no tanto la interseccionalidad. Ange Marie Hancock (2007) realiza un estudio sobre las desigualdades donde establece tres formas de estudiar las relaciones entre diferentes desigualdades, que se concretan principalmente en el estudio del

²⁰ Directivas dictadas en desarrollo del principio de transversalidad contenido en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, la ocupación, Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes, servicios y su suministro. Discriminación directa e indirecta. Pertenencia a minoría étnica. Antecedentes y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto número 49151/2007 (Muñoz Díaz c. España) (Catalá. 2010).

género, la raza y la clase social, y que son: la perspectiva unitaria, supondría abordar cada desigualdad de forma separada, de manera que cada categoría supondría una clasificación estable con énfasis en una categoría en relación a otras. Contribuye al reconocimiento de una discriminación concreta, que es estructural y que requiere cierta intervención para compensar los efectos de la discriminación. Con la contrapartida de que puede contribuir al etiquetamiento y estigmatización de parte de la población. La perspectiva múltiple, mostraría la importancia de varias categorías de manera que todas ellas son consideradas importantes e independientes. En esta perspectiva surgiría la discusión de cuál es la relación y jerarquía entre las diferentes desigualdades sociales. Perspectiva interseccional, supondría observar las relaciones recíprocas entre diferentes desigualdades. Una situación concreta se explicaría aludiendo a más de una categoría social, de modo que no podríamos entender las categorías como si fueran fijas o existieran previamente a los sujetos, de manera que mantienen relaciones mutuas, y además tienen un significado discreto en un entorno dado.

La interseccionalidad surge al mismo tiempo y en relación con otros movimientos y perspectivas. Se nutre de elementos comunes de la teoría *queer* y su herencia feminista, de los estudios poscoloniales y los estudios críticos sobre la diversidad funcional en la medida que suponen un cuestionamiento de las relaciones de poder y de cómo se articula el privilegio. Por ejemplo, los posicionamientos de la mujer afroestadounidense no son los mismos que los de otras mujeres. Las vivencias individuales se construyen dentro de los márgenes de macroestructuras sociales. Algunas de estas estructuras sociales pueden ser el género, la clase social, la sexualidad, el sexo, la etnia, la religión, la actividad política, el uso de lenguas y acentos dominantes, la nacionalidad, la diversidad funcional, por ejemplo. Ninguna persona deja de estar atravesada por estas estructuras, pero aquellas cuyas vidas se sitúan dentro de algunos valores dominantes, y por tanto de privilegio, se las representa como si sus características fueran neutrales o naturales, como si no tuvieran acento, color, etnia, género o sexualidad, por ejemplo. Es decir, que los sujetos dominantes también son interseccionales, porque se entiende que la ciudadanía está encarnada por defecto por un varón blanco, urbano, heterosexual, sin diversidad funcional, con el acento y uso de la lengua considerada dominante, y un etcétera cargado de las manifestaciones más aceptadas de todos los organizadores sociales relevantes en un lugar y momento histórico determinado. Sin embargo, este sujeto dominante a menudo no se *percibe* como interseccional; ni tenemos en cuenta cómo se construyen entrelazadamente esos privilegios (Platero, 2012) . “Hacer esta distinción es importante por varias cuestiones: 1. Por cuanto las discriminaciones grupales suelen manifestarse o percibirse como individuales; 2. Este tipo de discriminación afecta tanto a las mujeres como otros

grupos concretos y hace referencia a la discriminación en términos genéricos de sexo, raza, religión, etc., implica ocultar que la discriminación no afecta a la raza, sexo, religión, etc. en abstracto sino al sexo femenino, a la raza negra y a la religión judía, por ejemplo; 3. Que la discriminación que sufren las mujeres en cuanto grupo presenta unas características propias y específicas, es decir, siempre representa un plus de discriminación a otras discriminaciones posibles; y 4. Que el prejuicio sobre el que se basa la discriminación grupal que sufren las mujeres frente a la que sufren otros grupos suele considerarse *benigna*, es decir, se trata de una discriminación que para ser considerada como tal, necesita romper con roles y estereotipos asignados a las mujeres con un pretendido afán protector” (Barrère, 1997: 29 en Miguel, 2014:72).

La interseccionalidad o discriminación múltiple según Merino (2012b) no debe entenderse como una simple adición de las posiciones de subordinación que los sujetos ocupan, sino que se refiere a situaciones de discriminación específicas ocasionadas por adscribirse de forma simultánea a grupos sociales en posición de desventaja. Así, no sería exacto decir que una mujer refugiada sufre una triple discriminación por ser mujer, por ser extranjera y negra, sino que la discriminación que sufre será una discriminación específica, nueva y distinta, producida por entrecruzarse diferentes sistemas de exclusión.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

En este Capítulo vamos a profundizar y explicitar los objetivos de la investigación, que con el marco teórico anterior iremos evidenciando, desplegando y desarrollando posteriormente a lo largo de toda la tesis, de una manera ordenada, hasta llegar a las conclusiones, recomendaciones y nuevas líneas de investigación. En este trabajo se utiliza una metodología específica y feminista, que también detallamos en este apartado y será la que usemos para la realización de la tesis. Finalmente, en este Capítulo enumeramos las principales dificultades que nos hemos encontrado para la realización de la investigación.

2.1. Objetivos e hipótesis

- Analizar la legislación del Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual. El posicionamiento sobre el género en la Convención de Ginebra de 1951, la Normativa europea sobre Derecho de asilo y finalmente sobre el género y la orientación sexual en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.
- Analizar el posicionamiento jurisprudencial sobre la aplicación de estas normas en los casos concretos, y la interpretación que de las mismas realizan los tribunales y ACNUR.

- Investigar si el marco jurídico del Estado español en materia de Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual da cabida a sexos, género y preferencias sexuales no binarias y de qué manera.
- Investigar si para la aplicación del motivo de género y orientación sexual se han establecido unos perfiles de inclusión, que podrán verse ampliados, pero de forma ordenada, dejando fuera todo lo que no se encuentre en ellos.
- Analizar las consecuencias para el ordenamiento jurídico de la inclusión del motivo de género y el de orientación sexual, de cada uno de los supuestos que incorpora la Ley 12/2009 y el computo global de las incorporaciones realizadas.

2.2. Metodología

Como nos dice Preciado “necesitamos inventar nuevas metodologías de producción del conocimiento y una nueva imaginación política capaz de confrontar la lógica de la guerra, la razón heterocolonial y la hegemonía del mercado como lugar de producción del valor y de la verdad. No estamos hablando simplemente de un cambio de régimen institucional, de un desplazamiento de las élites políticas. Hablamos de la transformación de «los dominios moleculares de la sensibilidad, de la inteligencia, del deseo». Se trata de modificar la producción de signos, la sintaxis, la subjetividad. Los modos de producir y reproducir la vida” (Preciado, 2013: 12).

2.2.1. Posicionamiento epistemológico

Como afirma Sandra Harding, en el primer capítulo de su libro *Ciencia y feminismo*, “en cada área, hemos llegado a descubrir que lo que solemos considerar problemas, conceptos, teorías, metodologías objetivas y verdades trascendentales que abarcan todo lo humano no llegan a tanto. Son, en cambio, productos del pensamiento que lleva la marca de sus creadores colectivos o individuales y, a su vez, los creadores están marcados de forma característica por su género, clase social, ‘raza’ y cultura” (Harding, 1996:15).

Las primeras críticas feministas a la ciencia son fruto de las experiencias de las mujeres

que inicialmente entraron a formar parte de la producción de conocimiento. Algunas de ellas, al incorporarse a equipos de investigación, encuentran errores en las metodologías y, a partir de ello, abren el debate sobre la eficacia y la objetividad de algunos estudios. Como ejemplo, Maria Puig (2009) habla de la primatóloga Shirley Strum que, a finales de los años setenta al incorporarse dentro de un equipo de investigación, todo masculino, denuncia que hasta ese momento se había estudiado mayormente el comportamiento de los machos y, a partir de esta observación sesgada de trabajo, desarrolló teorías para explicar el comportamiento de los primates en general. En concreto, a través de una observación más atenta a los babuinos kenianos de Pumphouse, demuestra que la creencia de que existía dominación de los machos sobre las hembras, era un mito. Argumentó que eran las condiciones de observación de los hombres las que hicieron a los babuinos agresivos y jerarquizados, y no las condiciones de estos animales. Esta científica evidenció los anteojos con los que miramos la realidad en la búsqueda hacia la mejora de la descripción e interpretación de la realidad.

Básicamente, desde la crítica feminista no sólo se propone que las mujeres sean sujetos y objetos del conocimiento, sino que también se propone hacer una crítica de los procesos de producción del saber y de interpretación de los factores sociales. Los estudios desde la sociología del conocimiento han criticado y deconstruido el sistema ciencia, y las epistemologías feministas apuntan que no basta solo con deconstruir, sino que resulta necesario también (re)construir una ciencia más democrática y más cercana a las necesidades de la población, aprendiendo de los errores y de los aciertos cometidos históricamente.

Son numerosas las académicas que desde las diferentes ramas de la ciencia están tratando de mejorar el estudio de la realidad proponiendo metodologías y epistemologías más inclusivas y más horizontales. La crítica feminista a la ciencia, a través de la estimulación de preguntas cualitativamente diferentes, se interesa por descubrir y defender la viabilidad de las teorías no sexistas alternativas para el estudio de los fenómenos sociales (Graf Blazquez, 2008).

En algunos aspectos, especialmente en el siglo XIX y XX, “*el científico* llegó a considerarse independiente de la sociedad, y a considerar a la ciencia como una empresa que se validaba a sí misma, y que estaba en la sociedad pero que no le pertenecía” (Merton, 1977: 355). Así las cosas, para mejorar las ciencias sociales y para tomar parte activa junto a la población y a los movimientos sociales en la transformación y en la creación de sociedades más justas, más igualitarias y más vivibles, es necesario transformar los valores sobre los cuales se han asentado las ciencias hasta ahora.

En las primeras décadas del siglo XXI estamos frente a una coyuntura social específica, de crisis desarrollada en varios sentidos, no solo en el económico sino también en el institucional, político, social y la ciencia, así como la manera de generarla, no podrá permanecer ajena. Necesitamos pararnos a reflexionar sobre la situación y preguntarnos, ¿desde dónde conocemos?, ¿cómo conocemos?, ¿para qué?, ¿por qué? Actualmente el debate epistemológico se encuentra abierto y es necesario responder a estas preguntas para pensar hacia dónde queremos ir y qué sociedad queremos construir. Sabemos hasta donde llega el poder que tiene el conocimiento de la sociedad y tenemos que asumir nuestra responsabilidad en estas cuestiones como académicas.

El feminismo, se hace algunas preguntas sobre cómo podemos construir un mundo más justo e igualitario y resulta fundamental hacer un replanteamiento de la epistemología hegemónica, teniendo en cuenta que la heredamos de la ilustración y del proyecto moderno de ciencia y de sociedad. La epistemología feminista no representa una rama o parcela propia de la filosofía, sino más bien es la suma de las reflexiones introducidas por las teorías y por los movimientos feministas sobre la cuestión del conocimiento. Se quiere reivindicar que no existe solo una ciencia para dar cuenta de las experiencias y de la diversidad del mundo y resulta necesario empezar a considerar diversos puntos de vista en el proceso de construcción del conocimiento (Nicolás et al, 2009).

Según Sandra Harding la pregunta fundamental es: ¿Cómo se puede incrementar la objetividad de la investigación siendo esta un proceso tan politizado y que no puede romper su cordón umbilical con la sociedad y sus relaciones de poder? (Harding, 1996).

2.2.2. Teoría del punto de vista (Stand Point Theory)

La teoría del punto de vista tiene su origen en el pensamiento de Hegel²¹ sobre la relación entre el amo y el esclavo y en la aplicación que hacen Marx²² y Engels²³ de esta desigualdad social, evidenciando la parte estructural y material de las desigualdades.

“Si algunas (autoras), como las empiristas ingenuas, sostenían que la mera presencia de las mujeres en los espacios de producción de conocimiento operaría una transformación de los mismos, otras fueron más allá y criticaron el androcentrismo de la ciencia que, en los casos más graves,

²¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel (27 de agosto de 1770- 14 de noviembre de 1831)

²² Karl Marx (5 de mayo de 1818- 14 de marzo de 1883) sus obras más conocidas son el *Manifiesto del Partido Comunista* en coautoría con Engels y *El Capital*.

²³ Friedrich Engels (28 de noviembre de 1820- 5 de agosto de 1895)

había llegado a generalizar a la humanidad los resultados de experimentos realizados solo con sujetos varones, ni que decir que, obviamente, blancos. A partir de esta crítica, las feministas pidieron la inclusión de las mujeres como “objeto” de estudio, para evitar que los hombres sirviesen de norma para entender y definir la realidad. La petición se amplió muy pronto, evidenciando la importancia de incluir temáticas de interés para las mujeres entre los temas dignos de ser investigados y, finalmente, la importancia de asumir una perspectiva de género en el análisis y comprensión de la realidad (Schiebinger *et al.* 2011). Si la primera de esas peticiones respondía a la necesidad de conocer espacios y realidades hasta el momento ignorados (y permitió por ejemplo, reconocer la existencia de la violencia doméstica), la segunda abrirá la puerta a una comprensión de las relaciones de poder en nuestra sociedad (siguiendo con el mismo ejemplo, comprender la estructuralidad de las violencias de género)” (Schiebinger 2011 en Biglia, 2014: 24). Por tanto, como nos dice Biglia, no es suficiente con que la persona que investiga sea coherente, ni que el objeto de la investigación sea coherente también, sino que la metodología y la técnica utilizada para llegar a conclusiones también tiene que ser coherente con el feminismo. Sin embargo, “este paso de la teoría epistemológica a la metodología es todo menos baladí. Hay todavía muy pocos referentes que nos den pistas para la realización de una investigación con una metodología feminista, por lo cual muchas investigadoras experimentan una sensación de estar 'perdidas' ” (Biglia y Jiménez, 2012 en Biglia, 2014: 26).

“La metodología de investigación feminista entendida como una propuesta de intervención y transformación social. No se trata sólo de mirar el panorama como espectadoras pasivas, sino de entretrejer debates sobre lo que quisiéramos que fuera, lo que está siendo y lo que podría ser un acercamiento feminista crítico a la producción de conocimiento. Se pretende así difractar sobre las posibilidades de asumir nuestra agencia feminista para producir saberes transformadores, interaccionando de una manera constructiva y respetuosa con las realidades sociales con y en las que investigamos” (Biglia, 2014: 21). Esta línea apuesta por producir conocimientos desde experiencias y situaciones marcadas por la sexualidad, el sexo, las tradiciones, la cultura, el género, el origen, etc., y donde el sujeto es subjetivo y está condicionado por sus experiencias sociales y la normatividad aplicada. Se evidencia que no hay una localización desde donde producir conocimiento libre de valores o prejuicios, poniendo de manifiesto el carácter situado de cada conocimiento y sin otorgar privilegio epistémico a ningún tipo particular de situación. Entre las teóricas que apoyan esta postura encontramos: Eveline Fox Keller y Sandra Harding.

“Cuando decimos que puede y debe existir una metodología feminista, no nos referimos a que las técnicas de recolección y análisis de la información que se han usado hasta el momento

tengan que ser descartadas, sino que apostamos por una práctica investigadora que sea coherente con los postulados feministas y que se repiense y rediseñe de acuerdo con las especificidades de la investigación, su contexto, su finalidad y, por supuesto, el posicionamiento feminista sumido” (Biglia, 2014: 26).

Si la deconstrucción se queda sin una reflexión en torno a las discriminaciones, sin reflexión sobre las causas-efectos que viven todas las partes implicadas y sin el análisis de lo que se (re)construye a partir de ello, este enfoque puede ser criticado de relativista y se puede llegar a pensar que “todo vale”. Con respecto a esto, resulta peligroso que las instituciones y los sectores de intelectuales conservadores se apropien de los discursos posmodernos para mantener el *estatus quo*, transformando este enfoque en un boomerang que se vuelve en contra de los ideales beligerantes y transformadores desde los cuales ha surgido (Biglia, 2005). El relativismo socava la autoridad pero no es suficiente para garantizar un trabajo comprometido con el cambio social, por eso se vuelve tan importante el concepto de responsabilidad en el análisis feminista. Como argumenta Donna Haraway “la alternativa a los relativismos son los conocimientos parciales, localizables y críticos, que admiten la posibilidad de conexiones llamadas solidaridades en la política y conversaciones compartidas en la epistemología. El relativismo es una manera de no estar en ningún sitio mientras se pretende igualmente estar en todas partes. La igualdad del posicionamiento es una negación de responsabilidad y de búsqueda crítica. El relativismo es el perfecto espejo gemelo de la totalización en las ideologías de la objetividad” (Haraway, 1995: 329). También se corre el peligro de caer en posiciones esencialistas. Especialmente sobre los temas de género, se apunta que no se puede unificar el punto de vista de las mujeres, ya que hay diferentes maneras de concebir la opresión según las experiencias vitales de cada una, caracterizadas por la procedencia, rasgos físicos, la orientación sexual, la etnia o la edad, entre otras. Finalmente la alternativa propuesta es defender el conocimiento situado pero sin atribuir privilegios epistemológicos, permitiendo el encuentro de perspectivas y situaciones distintas para fomentar la pluralidad de los enfoques y de los sujetos condicionados (Graf Blazquez, 2008). Una pregunta sobre la que aún no hemos encontrado respuesta es si: se puede asociar a las mujeres y a los otros sujetos minorizados con una posición epistémica privilegiada por el hecho de estar situadas en los márgenes, como parecen sostener las teóricas del punto de vista (Harding, 2004).

2.3. Análisis de textos y discursos jurídicos

Investigamos cómo el Estado de destino, en este caso, el Estado español, aplica el Derecho de asilo por motivo de género y por motivo de orientación sexual, y a quién le aplica este Derecho. Realizo un análisis de datos secundarios, la primera división realizada para este análisis se produce entre textos, legislación y jurisprudencia. Los textos contextualizan y dan base teórica. La legislación contextualiza en los preámbulos y desarrolla en la aplicación, la analizada en este trabajo ha sido escogida por posicionarse en temas de género y orientación sexual, ser relevante para el Derecho de asilo o ser aplicada cuando una persona solicita protección internacional por motivo de género y orientación sexual en el Estado español. La jurisprudencia analizada es la más relevante en el Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual por aportar cambios de criterio o datos significativos al Derecho de asilo por esos motivos.

El análisis de la legislación y la jurisprudencia es decreciente, primero se analiza el ámbito internacional, posteriormente el ámbito europeo y finalmente el nacional, con algunas incursiones en normativa autonómica relevante.

El principal análisis realizado es el posicionamiento sobre el género, sexo y orientación sexual. Estudiamos si el documento parte de una base binaria, utiliza un lenguaje sexista, habla de otros géneros, utiliza términos abiertos que dejan espacio a la inclusión, utiliza conceptos jurídicos indeterminados y de qué manera los utiliza, si es esencialista o constructivista y si parte de un posicionamiento relevante. A la hora de estudiar las interpretaciones legislativas y jurisprudenciales me he basado principalmente en lo establecido por ACNUR, enumerado en el Anexo III, y CEAR.

La jurisprudencia, enumerada en el Anexo II, ha sido analizada desde la interseccionalidad, si una sentencia suponía una ruptura con la línea anterior y en que términos se posicionaba la jurisprudencia a partir de entonces, las sentencias analizadas son las más relevantes. Para analizarlas se atendía, al juzgado o tribunal emisor, el supuesto juzgado y el posicionamiento. Atendiendo a si la postura adoptada era aperturista para la aplicación del derecho a los géneros y sexos disidentes, no normativos, o por el contrario, se posicionaba de una manera restrictiva para evitar la incorporación de los mismos. Lo mismo se hace con las que tratan el motivo de orientación sexual, analizamos, quién juzga, a quién se juzga y cuál es el posicionamiento ante una preferencia sexual no heteronormativa y si esta tendencia permitiría que jurisprudencialmente se admitiera alguna otra

tendencia que hasta entonces no se había visto incorporada o se había incorporado de manera muy restrictiva. Los criterios de análisis los he ido obteniendo en el transcurso de la investigación, al ir analizando la jurisprudencia y ponerla en relación con la legislación aplicable, en el caso concreto.

Para el análisis del trato que reciben las personas a lo largo del procedimiento de asilo y refugio, para conocer la situación real de las personas refugiadas y para situarme desde un punto de vista realista, he realizado tres entrevistas en profundidad, en las cuales me he centrado en el trato emitido por las personas que participan en el proceso de solicitud y cuál ha sido el camino seguido para llegar a la obtención del Derecho de asilo. He entrevistado a una mujer transexual procedente de Honduras que cuenta con el reconocimiento del Derecho de refugio, un hombre gay procedente de Cuba al que habían denegado la solicitud de protección internacional y una mujer transexual procedente de Mauritania que se encontraba en proceso de solicitud cuando realizamos la entrevista. En estas entrevistas dejaba margen a unas respuestas amplias y extensas mediante la realización de preguntas abiertas.

Todo esto nos lleva al centro de la investigación, que es el supuesto concreto de la inclusión del motivo de género y el motivo de orientación sexual en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, la forma en la que se ha realizado la inclusión de forma específica y general, y las consecuencias de las mismas. Estableciendo una relación directa causa-efecto, de cada una de las incorporaciones y de todas en conjunto.

2.4. Límites y limitaciones del trabajo

En primer lugar, la falta de datos. Nos interesaba saber desde el año 2005 al año 2009, cada uno de los motivos establecidos hasta entonces (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política). En cada uno de los motivos, ¿cuál era su sexo, su nacionalidad y la resolución que obtuvo su petición?. Del año 2009 al año 2015 con las nuevas categorías establecidas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual). En cada uno de los motivos establecidos, ¿cuál era su sexo, su nacionalidad y la resolución que obtuvo su petición? Hemos realizado una solicitud de datos en el Portal de Transparencia del Gobierno de España, ante la negativa, hemos presentado el recurso pertinente, en respuesta al cual, tenemos

derecho a la obtención de los datos, como se puede observar en el Anexo IV, pero, al cierre de esta investigación aún no hemos obtenido respuesta a la documentación solicitada y requerida

La segunda limitación encontrada ha sido que he intentado crear una “política de codesarrollo” en el refugio, pero me he topado con diversas dificultades, que me han llevado a abandonar esta línea de investigación: en muchos casos las circunstancias que obligan a buscar protección internacional son creadas por políticas internacionales difíciles de solventar con actividades puntuales, tenía que contar con la voluntad política de la persona refugiada y del Estado de acogida, en ocasiones la mera intención no era suficiente para que una persona refugiada que había huido por determinadas circunstancias pudiera realizar actividades que modificaran esta persecución, la seguridad de las personas participantes en el codesarrollo no estaba garantizada.

Y por último al realizar la investigación desde el posicionamiento transfeminista, he tenido que conocer casos específicos y he tenido que realizar entrevistas, por la novedad de la inclusión de un marco teórico de estas características.

3. EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

“Los Derechos del Hombre demostraron ser inaplicables allí donde había personas que no parecían ser ciudadanas de un Estado soberano (Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*. 1951:371).

Partiendo del “*asylon*” griego y pasando por el ámbito de los Derechos Humanos, en este Capítulo nos centramos en primer lugar en la Convención de Ginebra de 1951 y en el Protocolo de Nueva York de 1967. Analizando las causas y los efectos que una interpretación aperturista y la inclusión del motivo de género en la Convención de Ginebra de 1951 tendría para las personas que solicitan protección internacional, y el consenso existente según se adopte una u otra opción.

El motivo de género y el de orientación sexual en este Capítulo parte de supuestos de inclusión, pero avanzamos que no lo encontramos regulado como tal ni en el ámbito internacional ni en el europeo, que también analizamos en la segunda parte de este Capítulo, a través de sus principales normativas reguladoras de la protección internacional relevantes para alguno de sus aspectos, y centrando el objetivo del análisis en las causas y los efectos que todas ellas tienen para las solicitudes por motivo de género y orientación sexual, así como para las personas que hay detrás de esas solicitudes.

3.1. Evolución Histórica y antecedentes

Actualmente, la humanidad se enfrenta a grandes migraciones que son difíciles de gestionar tanto por los países de origen, como por los países de destino, debido principalmente a la mala gestión y la falta de interés en el cumplimiento efectivo de los derechos de estas poblaciones migradas y migrantes. En muchas ocasiones, la gestión se centra en evitar la llegada o evitar la salida, justificando estas políticas en la seguridad pública. El debate público de la integración y las políticas de acogida de las personas refugiadas se vio sacudido por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington. A partir de esta fecha, la seguridad pasó a ser prioritaria a la hora de gestionar las migraciones internacionales, y dentro del término “seguridad nacional” empezaron a incluirse muchas otras situaciones que solo implicaban diferencias respecto a lo “normal” .

En el año 2015 y 2016 nos encontramos a miles de personas procedentes, principalmente de Siria, Afganistán e Irak, pero también de otros muchos lugares, que intentan entrar en la Fortaleza Europa a través de las posibles rutas establecidas por el este, la principal es a través de Turquía y Grecia. Estas rutas van siendo cerradas según se van abriendo. Miles de personas quedan bloqueadas en los diferentes pasos y su vida comienza a depender aún más de la solidaridad y la ayuda humanitaria, esto es consecuencia principalmente de que estas rutas han sido abiertas como “corredores humanitarios” y están siendo utilizadas como vía de acceso por las miles de personas que necesitan encontrar un lugar. Pero el problema lo encontramos cuando dejan de ser gestionadas como “corredores humanitarios”.

Frente a estas migraciones Europa activó una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Una Agenda Europea de Migraciones” de 13 de mayo de 2015²⁴. En cuya introducción se dice que cada migración cuenta una historia personal. Guiados por los estereotipos y por visiones sesgadas, algunos tienden a centrarse únicamente en determinados tipos de flujos migratorios, dejando de lado la complejidad inherente a este fenómeno, que afecta a la sociedad en muchas formas diferentes y requiere respuestas diversas. Europa activó planes de acogida, pero no utilizó la Directiva relativa a la protección temporal en caso de afluencia masiva²⁵. Las fronteras europeas ya no se encuentran en

²⁴ Bruselas, 13.5.2015. COM (2015) 240 final.

²⁵ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

nuestros márgenes territoriales si no en los márgenes estratégicos, estas se van adaptando a las situaciones socio políticas y van conteniendo a la población y empujándola hacia otras realidades según las necesidades europeas.

Partiendo desde un punto de vista jurídico, el Derecho de asilo y refugio en el ámbito internacional ha quedado relegado al derecho a buscar y solicitar asilo, quedando dentro de la soberanía de los Estados la capacidad de permitir que determinadas personas puedan entrar y residir en determinados territorios en una situación jurídicamente protegida. Esto tiene como consecuencia que sean los Estados de destino los que definitivamente decidan sobre las medidas a tomar frente a esta población obligada a migrar. El Derecho de Asilo y Refugio es un problema de Derecho, que nos pone en la tesitura de plantearnos qué son los derechos humanos, qué es la soberanía nacional y en qué consiste la dignidad.

La libertad de movimiento tiende a transformarse en el principal factor de estratificación de las sociedades contemporáneas y en uno de los criterios fundamentales alrededor de los cuales se definen las nuevas jerarquías sociales (Zygmunt Bauman, *Globalization: The Human Consequences*. 1998).

Lo que precisamos no es tampoco la respuesta humanitaria compasiva, en el fondo siempre paternalista y, sobre todo, insuficiente, aunque preferible a nada. Lo que nos hace falta es contar con reflexiones que nos ayuden a entender lo que está sucediendo y, sobre todo, a reaccionar. (Nair, 2010)

3.1.1. Orígenes

El término asilo proviene de la palabra griega “asylon” que quiere decir “indespojable o inviolable” y que describe un lugar sagrado, alejado de la violencia y caracterizado por su concesión a todas las personas. Esta figura no se ha mantenido, pues a la actualidad nos ha llegado el término asilo así como el concepto moderno de persona extranjera, más similar a como se entendió con la aparición de los primeros Estados modernos a finales del siglo XVI, donde comenzó a tomar carta de naturaleza el asilo territorial, con el consustancial elemento de soberanía que lo fundamenta y justifica también en la actualidad. Ya a finales del siglo XVIII tanto el motivo de los movimientos poblacionales como la caracterización del refugio, con la Revolución Francesa ceden definitivamente su lugar a lo político, dotando al individuo de una subjetividad innovadora en su

doble condición de persona y ciudadana. La primera proclamación del Derecho de asilo se produce en la Constitución adoptada en Francia el 24 de junio de 1793, concedido a las personas “*pour la cause de la liberté*”. Junto al Derecho de asilo considerado como el derecho de una persona perseguida por su acción en favor de la libertad, por sus opiniones o manifestaciones políticas en sociedad, se forja el concepto de ciudadanía también creada por contraposición o exclusión del otro diferente, a la persona extranjera, que supone una traba a la concepción global y única del ser humano como sujeto de protección frente a la persecución, para centrar la protección en el pacto social que se realiza con el Estado. La afirmación de la singularidad nacional exige, para ser viable, la exclusión a priori de la persona considerada como extranjera. Las personas no pertenecientes al Estado solo pueden acceder a la ciudadanía política si el Estado, en el ejercicio de su soberanía, así lo decide.

En el siglo XIX el Estado tiende a constituirse en la fuente principal del derecho, siendo la persona individual, una persona sujeta del Estado mas que considerarse sujeta de derecho, de tal manera que la persona que solicita asilo asocia su suerte con la voluntad soberana del Estado. Desde este prisma Estatal se consolida a lo largo del siglo XIX el asilo territorial como facultad de los Estados derivada de la soberanía y que se utiliza como excepción a la extradición.

El siglo XX es considerado como el siglo de las personas refugiadas por las descolonizaciones, las guerras y demás catástrofes. Se despierta una conciencia a favor de las minorías en la Primera Guerra Mundial. A partir de entonces el Derecho de asilo se convierte en un problema jurídico internacional, puesto que se busca por parte de la Sociedad de Naciones²⁶ el diseño de un estatuto para las personas refugiadas que pueda ser aprobado por el mayor número de países. La Sociedad de Naciones tiene una visión a corto plazo, simplemente extendiendo su estatuto protector a los diferentes colectivos, mostrándose ineficaz a la hora de poner fin a las persecuciones y lograr de los Estados una participación más solidaria.

Tras la Segunda Guerra Mundial aparecen las primeras organizaciones internacionales (ejemplo: Comandancia Suprema de las Fuerzas Expedicionarias Aliadas (SHAEF) o la Administración de las Naciones Unidas para el Socorro y la Reconstrucción (UNNRA), la Organización Internacional para los Refugiados (OIR) o la Agencia de las Naciones Unidas para el Socorro de los Refugiados en Palestina (UNRWA) y el ser humano individualmente considerado. Cuando concluye la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de la misma, se redefine el asilo sobre un fundamento humanitario y la consagración de su protección en los textos constitucionales

²⁶ Organismo internacional creado por el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919. Se proponía establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales una vez finalizada la Primera Guerra Mundial.

de algunos países como Francia y Alemania. Pasa a ser considerado como la protección que un Estado concede en su territorio a un individuo frente a la persecución de otro Estado. A pesar de la antigua tradición del asilo en la historia de la humanidad, no existe ningún instrumento internacional de ámbito universal que reconozca el derecho a recibir asilo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 recoge solamente el “derecho a buscar y disfrutar” del asilo. Pese a que el asilo constituye una institución históricamente bien arraigada en la práctica de los Estados y de otras entidades políticas antes que éstos, el nacimiento y posterior asentamiento del régimen internacional de protección de refugiados produjo el debilitamiento de esta institución clásica de protección de las personas refugiadas. La adquisición por parte de los Estados de obligaciones internacionales con respecto a los refugiados dio lugar a la falta de reconocimiento de la extendida práctica del asilo como obligación jurídico-internacional. De este modo, los Estados, cuya soberanía con respecto al trato a personas refugiadas quedaba desde entonces limitada por el Derecho internacional, se reservaron por el contrario la facultad de determinar a quiénes de esos refugiados concederían asilo.

Los ámbitos regionales latinoamericano y africano sí han recogido el derecho a recibir asilo en instrumentos internacionales de naturaleza jurídicamente vinculante. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, denominada Pacto de San José de Costa Rica, recogió el derecho a recibir asilo en su artículo 7, en los siguientes términos: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. Anteriormente, ya la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 había afirmado en su artículo XXVII que “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 recoge el Derecho de asilo formulado como el “derecho a buscar y obtener asilo”, en el párrafo 3 del artículo 12, en los siguientes términos: “Todo individuo tendrá el derecho, cuando sea perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de dichos países y los convenios internacionales”. La inexistencia de un reconocimiento formal del derecho a recibir asilo no implica, por el contrario, que los Estados no tengan obligaciones de protección territorial derivadas de sus obligaciones de admisión y de abstención de obligar a la salida forzosa de su territorio de ciertas categorías de individuos, que constituyen los dos rasgos principales del asilo (Gil Bazo. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo de Hegoa).

3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La protección internacional inherente al estatuto del refugio se dota de contenido desde el ámbito de los Derechos Humanos, tomándose estos como estándar de la protección internacional. Desde los primeros pasos de las Naciones Unidas²⁷, la elaboración de un instrumento que concretase y definiese las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas²⁸ en materia de derechos humanos se convirtió en uno de sus objetivos esenciales. Fue la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC), quien asumió la parte más importante de dicha tarea, que resultó complicada debido a las posiciones enfrentadas.

Inicialmente, la Comisión se planteó la elaboración de tres documentos: una Declaración, un Pacto de Derechos Humanos, y por último un documento estableciendo una serie de medidas para la puesta en práctica de los dos anteriores. Sin embargo, pronto se vio que los Estados no estaban dispuestos a asumir compromisos sólidos, por lo que se optó por un objetivo mucho más modesto: elaborar un documento que consagrara los derechos humanos más relevantes. La Declaración Universal de Derechos Humanos²⁹ fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. Pasando a ser el primer instrumento jurídico internacional general de derechos humanos proclamado por una organización internacional de carácter universal. Con la firma y ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ambos de 1966, los Estados asumen las obligaciones jurídicas de defender y promover los derechos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y recogidos en ambos pactos, así como la responsabilidad de compatibilizar sus leyes nacionales con sus deberes internacionales.

²⁷ El nombre de «Naciones Unidas», acuñado por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, se utilizó por primera vez el 1º de enero de 1942, durante la segunda guerra mundial, cuando representantes de 26 naciones aprobaron la «Declaración de las Naciones Unidas». La Organización de las Naciones Unidas fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (Estados Unidos de América), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁸ La Carta de las Naciones Unidas es el tratado internacional fundador de la organización. Firmado el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional en el Auditorio de los Veteranos de la Memoria de los Veteranos de la Guerra en San Francisco, California, Estados Unidos. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

²⁹ A pesar de la politización de los derechos humanos, finalmente el 10 de diciembre de 1948 se aprobó en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el texto definitivo. Contó con 48 votos a favor, ningún voto en contra y 8 abstenciones, que fueron las de la URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudí. Los países socialistas se abstuvieron por su desacuerdo con algunas partes de la Declaración, Arabia Saudí por mostrar ciertas reservas derivadas de sus tradiciones religiosas y familiares, y Sudáfrica por su radical desacuerdo con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales. Recordemos que la mayoría de los países del Tercer Mundo seguían aún colonizados, por lo que ni formaban parte de las Naciones Unidas ni participaron en los debates, con la salvedad de los latinoamericanos, que además realizaron algunas aportaciones significativas.

La protección de los derechos humanos no solo se establece a nivel internacional, también existen a nivel regional instrumentos de protección, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994. El Estado español ratificó el 28 de septiembre de 1976 el PIDCP y el PIDESC, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue ratificado el 24 de noviembre de 1977. También, si atendemos a tenor del artículo 96.1³⁰ de la Constitución Española, forman parte del derecho interno español constituyendo el bloque, junto con la normativa interna, de los derechos y libertades fundamentales del ordenamiento jurídico español y obligando tanto a la ciudadanía como a los poderes públicos. Todos estos serán interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España en virtud del artículo 10.2³¹ de la Constitución española.

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos al nacer era un instrumento internacional no vinculante, con el tiempo se convirtió en una norma de obligado cumplimiento al tutelar derechos fundamentales de las personas (*ius cogens*), obligando a los Estados a no crear normas contrarias a su contenido. Actualmente, estar o posicionarse a favor de los Derechos Humanos da legitimidad a los argumentos. Por ser estos la idea de justicia” (de Lucas, 1994: 21).

En el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos encontramos establecido que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”. Previamente, el artículo 13, establece que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.”. El primer problema con el que nos encontramos en la materia del asilo y el refugio es la determinación de lo que significa “*buscar asilo*” por ser este un concepto jurídico indeterminado. Pero como podemos observar nos encontramos con otros muchos problemas, porque en este artículo no se afirma la titularidad del Derecho de asilo cuando concurren los elementos determinados. Las personas tienen el derecho a

³⁰ Artículo 96.1 de la Constitución española “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional.

³¹ Artículo 10.2 de la Constitución española “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

solicitar asilo, pero solo a disfrutar de él si este es concedido, por tanto, es considerado el Derecho de asilo como un derecho de graciante concesión estatal.

En el apartado segundo del artículo 14 de la DUDH se dice que “este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Encontramos regulado de forma internacional la exclusión de los delitos comunes del ámbito del asilo. Pero, ¿qué se entiende por delitos comunes? ¿Estos delitos comunes, son así considerados en todas las partes del mundo?. Si nos centramos en este ámbito del Derecho de asilo y refugio, es difícil hacer afirmaciones taxativas.

La inexistencia de un reconocimiento formal del derecho a recibir asilo no implica que los Estados no tengan obligaciones de protección territorial derivada de sus obligaciones de admisión y de abstención de obligar a la salida forzosa de su territorio de ciertas personas. En este sentido, la labor de los órganos internacionales de control de tratados de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cuyas sentencias son jurídicamente vinculantes), y los Comités de Naciones Unidas de Derechos Humanos y contra la Tortura (cuyas observaciones en comunicaciones individuales constituyen recomendaciones que los Estados habitualmente siguen), supone un avance continuo en la determinación de las obligaciones de los Estados de conceder protección en su territorio a ciertas categorías de individuos. Aunque, como ya hemos indicado, ningún tratado de ámbito universal o europeo reconoce el derecho a recibir asilo, sus órganos de control han determinado, en ocasiones, la existencia de una obligación de los Estados Partes de permitir la entrada o de no expulsar a ciertas personas.

Una disposición fundamental de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el artículo 28, que establece que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Es decir, los derechos humanos van a depender en muchas ocasiones del orden social que prevalezca en un determinado Estado así como de la estructuración del orden internacional. Para muchos, este artículo 28 es el germen de lo que en los años 70 se denominó el Enfoque estructural de los derechos humanos. Este Enfoque Estructural ponía el acento en la importancia que tiene tanto la estructura interna como la estructura internacional para el adecuado disfrute de los derechos humanos. Muchas veces son las estructuras políticas, sociales, económicas, culturales, etc., tanto nacionales como internacionales, las que se esconden detrás de gravísimas violaciones de los derechos humanos.

En Viena, en junio de 1993³², se celebró una Conferencia de la ONU sobre los derechos humanos en la que un frente discutió el alcance universal de los derechos como una consecuencia ineludible del incremento de la multiculturalidad, además de proclamar “inequívocamente” los derechos de la mujer. El Derecho internacional de los derechos humanos está basado en una postura masculina y occidental. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos las experiencias masculinas se adoptan como referente neutro, el considerando 18 de la Declaración de Viena de 1993 establece que “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. [...] La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, a las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña”.

“Muchas violaciones de derechos humanos de las mujeres no son reconocidas, o si lo son, son justificadas como un aspecto fundamental de la cultura, religión o tradición (Cook, 1994). Las mujeres se construyen como las outsiders, como el paradigma del sujeto extranjero del Derecho internacional de los derechos humanos, o como el no sujeto” (Cook, 1994 en Miguel, 2014:3) al no reconocer prácticas opresivas contra ellas. “El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ha sido parcial y androcéntrico, privilegiando un punto de vista masculino (Charlesworth, 1994). Este sesgo androcéntrico del Derecho internacional de los derechos humanos está presente tanto en la estructura organizativa (institucional), donde no encontramos mujeres, como normativa (conceptual), y en las reglas de procedimiento contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres, de tal forma que convierten dichos instrumentos y los mecanismos de protección en ellos previstos, en altamente ineficaces” (Charlesworth, 1994 en Miguel, 2014:3). Muchas personas no han sido consideradas durante mucho tiempo sujetos de derecho. Pero esta argumentación necesita ser relativizada, pues el problema, como nos dice Javier de Lucas no es que los derechos no hayan sido atribuidos universalmente a todos los hombres y mujeres, sino que la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados como tales (de Lucas, 2000).

³² Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

3.2. **Ámbito internacional: Convención de Ginebra de 1951**

Venimos analizando la evolución jurídico política que llevó hasta la Convención de Ginebra de 1951. Estudiaremos a qué se refiere la Convención en su definición de persona refugiada establecida en el apartado 2 del artículo 1.A, y las consecuencias de esta definición para el Derecho de asilo.

3.2.1. **Antecedentes histórico-normativos y definición de persona refugiada**

Las décadas de los años 80 y los 90 en materia de asilo y refugio estuvieron marcadas por la aparición de nuevos modelos de persecución en los que la cara de las víctimas eran menos familiares en contraposición con el prototipo de persona refugiada que surge en los primeros años de la Guerra Fría, caracterizado sobre todo por ser alguien perseguida o perseguido por oposición a los regímenes instaurados en los países comunistas. Entre los nuevos tipos de persecución cabe mencionar la sufrida por mujeres feministas en Estados islámicos, hombres y mujeres no heterosexuales y mujeres víctimas de abusos en sociedades patriarcales (Musalo, et al. 2002).

La 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, por las que se define quién es persona refugiada se divide en tres partes: cláusulas de inclusión, donde se establecen los criterios a los que debe responder una persona para ser considerada refugiada; constituyen la base positiva sobre la que se apoya la determinación de la condición del refugio. Cláusulas de cesación, que indican las condiciones en que una persona refugiada deja de tener tal condición. Cláusulas de exclusión, que enumeran las circunstancias en las que una persona queda excluida de la aplicación de la Convención de 1951, aunque responda a los criterios positivos de las cláusulas de inclusión. La posición tradicional de la doctrina respecto al Derecho de asilo ha sido considerarlo un derecho del Estado y no un derecho individual. Según este sector doctrinal la concesión del Derecho de asilo, entendido como la concesión de determinadas garantías de entrada y estancia en un territorio nacional, reside exclusivamente en la decisión del Estado soberano. De tal manera que la obligación fundamental que contraen los Estados que ratifican o se adhieren a la CG51 es el principio de *non refoulement*, esto es, nadie podrá por

expulsión o por devolución poner en modo alguno a una persona refugiada en la frontera de los territorios donde su vida o libertad peligre por una de las causas previstas en la CG51.

El régimen jurídico de asilo se constituye en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados aprobada en Ginebra en el año 1951³³ y se completa con las modificaciones previstas en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967³⁴ realizado en Nueva York. Este último Protocolo ha supuesto la única modificación en el plano internacional que se ha producido en la Convención que regula el Estatuto de los refugiados en el más de medio siglo de vigencia del mismo. En él se incluye la definición de persona refugiada y se concreta cuales son las obligaciones de los Estados parte hacia las personas refugiadas y determina los beneficios inherentes al reconocimiento de este estatuto.

En la Convención de Ginebra de 1951 encontramos la definición de persona refugiada en el artículo 1 situado dentro del capítulo denominado “disposiciones generales” y titulado “Definición del término “refugiado”, este concepto se aplicará a toda persona: “2. Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. A pesar del tiempo transcurrido desde su aprobación, esta definición no ha sufrido grandes modificaciones en el ámbito internacional.

Actualmente nos encontramos en una situación que se denomina crisis del Derecho de asilo, en este momento vemos sus carencias y la evidencia de las dificultades de su aplicación real, donde parte de su contenido pasa a formar parte o se traslada al ámbito de la extranjería, dejando fuera del ámbito de protección internacional garantizado bajo la forma de Derecho internacional de asilo a muchas formas de persecución similares o asimilables al concepto establecido en este texto

³³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada 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), de 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43.

³⁴ Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados. Del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII. Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, Vol. 606, p.267.

internacional, como pueden ser a las personas víctimas de Trata³⁵. La fecha límite de 1951 obedecía al deseo de los Estados, en el momento de adoptarse la Convención, de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que se sabía que existían por aquellos entonces o a las que pudieran surgir ulteriormente como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos, pero siempre como una figura estática o con visos de mantenerla anclada en el momento de su establecimiento.

Será necesario que pasen 16 años para que el Protocolo de Nueva York de 1967 rompiera con esta limitación temporal y territorial que se establece en el apartado B cuando la CG51 dice que cada Estado en el momento de la ratificación o de la adhesión podrá decantarse por a) “Acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa” o por b) “Acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otros lugares”. Con el paso del tiempo y la aparición de nuevas situaciones de refugiados, se hizo sentir cada vez más la necesidad de que las disposiciones de la Convención de 1951 pasaran a ser aplicables a esos nuevos refugiados. Por consiguiente, se elaboró un Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. El Protocolo, después de ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó abierto a la adhesión el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre de 1967. Aunque vinculado así a la convención, el Protocolo es un instrumento independiente y la adhesión al mismo no está limitada a los Estados Partes en la Convención. Al adherirse al Protocolo de 1967, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a las personas refugiadas comprendidas en la definición que figura en la Convención, pero sin la fecha límite de 1951³⁶. Sin embargo, la firma de estos instrumentos internacionales *per se* no supone una interpretación armonizada y uniforme en la aplicación de las obligaciones que derivan de estos textos. En los casos de personas que tengan más

³⁵ En noviembre de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas puso en marcha La Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y dos de sus protocolos suplementarios, el Protocolo para la prevención, supresión y castigo del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el contrabando de inmigrantes por tierra, mar y aire, instrumentos que entraron en vigor entre septiembre de 2003 y enero de 2004, respectivamente.

En los mismos se realiza la siguiente definición de trata de seres humanos (trafficking in human beings): “Reclutamiento, transporte, embarque o recepción de personas, por medio de amenaza, uso de la fuerza, coacción, fraude, engaño, abuso de poder o de situaciones de vulnerabilidad, o mediando pago o beneficio económico en la obtención del consentimiento de una persona para que ceda el control sobre otra con el propósito de su explotación. La explotación incluye, como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos.”

³⁶ Artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados “1. Los Estados Parte en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen. 2 A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en al definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y...” y las palabras “...a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1. 3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.”

de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, "sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea".

De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado como la Convención de Ginebra de 1951 deberá interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin"³⁷. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados especifica que el contexto comprende, entre otros elementos, el preámbulo³⁸, como fuente del objeto y finalidad del instrumento.

En la Convención de Ginebra de 1951 encontramos conceptos jurídicos indeterminados, así como conceptos que en 1951 podrían estar establecidos con una finalidad determinada, pero que en la actualidad los encontramos como términos discutidos, como puede ser raza, grave delito común, etc. Necesitados de interpretación para su comprensión y aplicación actual, una interpretación que no siempre encontramos aclarada en el Preámbulo. A pesar de lo cual, como norma general, se entiende que el "sentido corriente" de los elementos del Artículo 1 es su acepción literal y cuando se necesita el objeto y fin de la Convención de 1951 para interpretar el significado de términos, el preámbulo provee una "orientación importante". Una lectura detenida del mismo lleva a la conclusión de que el objeto y el fin del instrumento es asegurar la protección de los derechos específicos de los refugiados, alentar la cooperación internacional al respecto, incluso a través del ACNUR, y evitar que el problema del asilo se convierta en causa de tensión entre Estados.

El preámbulo contiene un sólido lenguaje de derechos humanos. El primer párrafo se refiere a la afirmación, por parte de la comunidad internacional, del principio de que los seres humanos gozarán de los derechos y libertades fundamentales, como los establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin discriminación. El segundo párrafo recuerda la preocupación profunda de las Naciones Unidas por los refugiados, así como sus esfuerzos por asegurar que los refugiados gocen del más amplio ejercicio posible de sus derechos y libertades fundamentales. Estos preceptos indican el propósito de los redactores, de incorporar los valores de derechos humanos en la identificación y el tratamiento de los refugiados, guiando así de manera útil

³⁷ Artículo 31 (1), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (1969) 8 I.L.M. 679. El Artículo 31 es generalmente aceptado como representativo del estado existente del Derecho internacional consuetudinario.

³⁸ Artículo 31 (2), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

la interpretación de las disposiciones contenidas en la Convención de 1951, en armonía con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De hecho la complementariedad natural entre la protección de los refugiados y el sistema internacional para la protección de los derechos humanos, ha sido expresada y elaborada en varios documentos del ACNUR y en Conclusiones del Comité Ejecutivo³⁹. La esencia de la protección a la que tiene derecho una persona refugiada es la protección contra la devolución a un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas por uno de los motivos establecidos en la Convención.

El principio de no devolución está garantizado, entre otros, en el Artículo 33 de la Convención, también se codifica explícitamente o por interpretación, en el Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el Artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. Muchas autoridades lo consideran una norma de Derecho internacional consuetudinario, tal y como evidencian varias conclusiones o resoluciones de instancias internacionales, incluidas las Conclusiones 25 (b) y 79 (i) del Comité Ejecutivo y el Artículo 2 de la Declaración adoptada en el Cuarto Seminario de Expertos Árabes en Asilo y Derecho de Refugiados, realizado en el Cairo en noviembre de 1992. Es esta protección y la de otros derechos establecidos en la Convención de 1951, la finalidad de la determinación del Estatuto de Refugio. El núcleo de la protección internacional establecida en la Convención de Ginebra de 1951, lo encontramos en el artículo 33 de la Convención, donde se regula el principio de no devolución, en clara vinculación con los derechos humanos. Dicho principio impone la prohibición de devolución de la persona extranjera que solicita asilo cuando exista riesgo para su vida y su libertad. Y deviene la obligación esencial que asumen los Estados con la ratificación de la Convención de 1951. Esta responsabilidad con las personas extranjeras se integra en el Derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto su titularidad se extiende a toda persona que pueda sufrir un verdadero riesgo a la vida o la libertad. La CG51 prevé determinadas ventajas o garantías para las personas refugiadas. La garantía más esencial de todas es el principio de *non-refoulement* o principio de no devolución (Mariño Menéndez, 1995), este incluye la prohibición de rechazo, de expulsión o de devolución e incluso de extradición, constituye el contenido esencial del Derecho de asilo y tiene la consideración de *ius cogens*. Sin embargo no es un principio absoluto ya que “conceptos como “seguridad nacional” u “orden público” son utilizados como justificativos de excepciones de dicho principio fundamental” (López Garrido, 1991:20).

³⁹ Nota sobre la Protección Internacional de 1998 de la Alta Comisionada (A/AC.96/898), así como las Conclusiones 80(e), 81(h), 82(d) (vi) y 85(f) a (m) del Comité Ejecutivo.

Otras ventajas o garantías previstas por la Convención de Ginebra a las personas refugiadas son las siguientes: a) tratamiento idéntico a las personas nacionales en las siguientes materias: libertad de enseñanza religiosa a los/las niños/as (artículo 4); propiedad intelectual (artículo 14); Derecho de acceso a los tribunales (artículo 16); enseñanza primaria (artículo 22); asistencia pública (artículo 23); legislación de trabajo y seguridad social (artículo 24); gravámenes fiscales (artículo 29). b) tratamiento más favorable dado a aquellas personas provenientes de un país extranjero en las siguientes materias: Derecho de asociación (artículo 15) y ejercicio de profesiones por cuenta ajena (artículo 17). c) tratamiento que no será menos favorable que el aplicado a personas extranjeras en general en las siguientes materias: adquisición de propiedad mobiliaria e inmobiliaria (artículo 13); ejercicio de profesiones no asalariadas (artículo 18) o liberales (artículo 19); alojamiento (artículo 21); enseñanza diferente de la primaria (artículo 22) y libertad de circulación (artículo 26). d) ausencia de sanciones penales en caso de entrada o de estancia irregular en el país de acogida cuando la persona refugiada llegue directamente desde el país en que su vida esté amenazada (artículo 31). Y f) garantías procesales en caso de expulsión (artículo 32). Por otro lado, la CG prescribe a los Estados proveer a las personas refugiadas de los documentos de identidad necesarios (artículo 27), de un título de viaje (artículo 28) y les facilitarán su asimilación y naturalización (artículo 34).

De este modo la CG51 viene a configurar un estatuto “especial y privilegiado” (Santolaya, 2011:26). Es importante remarcar la diferencia entre el derecho a buscar y solicitar asilo que encontramos en la DUDH, como derecho de las personas y el asilo, que es el permiso que el Estado-nación graciamente⁴⁰ concede a determinadas personas para que entren en su territorio con la posibilidad de residencia en una situación jurídicamente protegida. Noción que también se distingue del Estatuto del refugio, el cual se adquiere si se prueba la concurrencia de los requisitos establecidos y el Estado-nación de turno lo concede, es decir, la persona es refugiada por el mero hecho de cumplir los requisitos y encontrarse en los supuestos de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, pero hasta que un Estado-nación no le conceda la institución del refugio, esta persona sólo será, a efectos prácticos, una persona refugiada solicitando asilo, pudiendo beneficiarse en esta situación sólo del principio de no devolución, mediante el cual se garantiza que la persona no podrá ser enviada o devuelta a un país donde su vida o su integridad física se encuentren en peligro o amenazadas.

En el contexto europeo, la interrelación entre los principios de derechos humanos y la protección internacional de los refugiados ha sido reconocida en los trabajos del Comité Ad Hoc de

⁴⁰ Referido a *Dei Gratia*, es decir, cuando algo se realiza “por la gracia de” en lugar de “por derecho a”.

Expertos en Aspectos Legales del Asilo Territorial, Refugiados y Personas Apátridas del Consejo de Europa (CAHAR), así como en el Comité de Ministros. Este organismo viene elaborando desde los años setenta recomendaciones importantes sobre la protección a refugiados, las cuales han sido adoptadas posteriormente por el Comité de Ministros, basadas en el análisis de los derechos humanos, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁴¹, la Asamblea Parlamentaria y otras actividades del Consejo de Europa. La correlación ha sido reiterada explícitamente por los Jefes de Estado y Gobierno de la Unión Europea, reunidos en la Cumbre de Tampere de octubre de 1999. Las Conclusiones de la Presidencia, adoptadas allí, reafirmaron el compromiso pleno de la Unión Europea con las obligaciones que emanan de la Convención de 1951 y otros instrumentos relevantes de derechos humanos⁴², así como la importancia del respeto absoluto al derecho a solicitar asilo, aunque en la práctica de muchos estados esto pueda ser discutido. En las mismas conclusiones, las personas que participaban acordaron trabajar para establecer un sistema común europeo de asilo, basado en la aplicación plena e incluyente de la Convención de 1951, que garantice que nadie sea devuelto a una situación de persecución.

A lo largo de la historia también encontramos otras regulaciones, que incluso pueden tener la forma de Convención, que amplían la normativa general establecida en la Convención de Ginebra de 1951, de tal manera que lo establecido en Ginebra, a pesar de contar con el mayor consenso internacional, no es el único referente en el que nos tenemos que basar para establecer lo que ocurre en esta materia. Así, en la Unión Europea encontramos un intento de política común de asilo, pero esta evolución, a nivel conceptual, se distingue de la interpretación extensiva que se ha producido en los regímenes americano y africano. Por ello, y a diferencia del anterior, en estos últimos encontramos como motivos susceptibles de protección las situaciones colectivas de afectación de derechos. Esto se puede deber a las diferentes condiciones sociales, económicas, políticas y migratorias en las que se encuentran los diferentes territorios.

Adicionalmente a la incorporación de la definición de persona refugiada contenida en la Convención de 1951, la Convención de 1969 de la Organización para la Unidad Africana señala en su Artículo 1.2 que “El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar

⁴¹ Como ejemplo, Cruz-Varas v. Suecia, 20 de marzo de 1991, Serie A, vol.201, (1992) 14 E.H.R.R. 1; Vilvarajah v. Reino Unido, 20 de octubre de 1991...

⁴² “Hacia una Unión de Libertad, Seguridad y Justicia: los Hitos de Tampere” Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, párrafo 4.

fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.” Esta definición fue desarrollada a partir de las experiencias de las guerras de liberación y descolonización que surgieron en el continente africano a finales de la década de 1950 y principios de la década de 1960.

La Convención de la OUA también contiene disposiciones sobre cesación y exclusión, las cuales difieren en algunos aspectos de las establecidas en la Convención de 1951, así, en la Convención de la OUA nos encontramos los Artículos 1.4 “En los casos siguientes la presente Convención dejará de aplicarse a toda persona que goce de la condición de refugiado: a) si esa persona se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o b) si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente, o c) si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad, o d) si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que ha abandonado o fuera del cual ha permanecido por temor de ser perseguida; e) si, habiendo desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales esta persona fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, f) si ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo después de haber sido admitida como refugiado en dicho país; g) si ha violado gravemente los objetivos perseguido por la presente Convención”. Y 1.5 “Las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a ninguna persona respecto de la cual el Estado de asilo tenga motivos fundados para considerar: a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo antes de ser admitida en el como refugiado; c) que es culpable de actos contrarios a los objetivos y a los principios de la Organización de la Unidad Africana; d) que es culpable de actos contrarios a los propósitos y los principios de las Naciones Unidas”.

También encontramos la Declaración de Cartagena de 1984, establecida como consecuencia de los problemas relacionados con desplazamientos humanos masivos ocasionados por guerras, conflictos civiles, violencia y agitación política en un número de Estados, especialmente en América Central, producidos a finales de la década de 1970 y principios de la de 1980, los cuales dieron como resultado la conclusión tercera de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la que se señala que “[...] la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada,

la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” A pesar de que la Declaración de Cartagena no es legalmente vinculante, muchos países de América Latina han incorporado sus principios, incluyendo su definición de refugiado, en sus legislaciones y su práctica nacionales

Pero, aún sin perder de vista estas incorporaciones y la ampliación de los supuestos que se establecen para considerar a una persona refugiada en los diferentes territorios. Atendiendo a nuestro marco territorial, geográfico e institucional, para el establecimiento de la condición de persona refugiada en el Estado español a nivel internacional, atendemos a la CG51 y al PNY67, así como al sistema común de asilo establecido en Europa.

3.2.2. Componentes de la definición de persona refugiada

En este apartado explicaremos a qué se refiere la Convención de Ginebra de 1951 cuando en su apartado 2 del artículo 1. A establece que “debido a fundados temores de ser perseguida se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.”

En el artículo número 1 de la Convención de Ginebra de 1951, bajo la definición del término “refugiado”, podemos leer en el apartado A. que a los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona: 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección. 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una

nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea. En el apartado B de dicho artículo se puede leer 1) que a los fines de la presente Convención, las palabras “acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951”, que figuran en el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como: a) “Acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa”, o como b) “Acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar”; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa excepción, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención. Todo Estado Contratante que haya adoptado la fórmula a) podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b) por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Los Estados Partes del Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, considerarán que el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en al que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951...” y las palabras “...a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1. El apartado 3 de este artículo 1º establece que “El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.

A fecha 30 de junio de 2011, que es la última de la que se disponen datos, el número total de Estados Partes de la Convención de 1951: 145; el número total de Estados Partes del Protocolo de 1967: 146; los Estados Partes de la Convención y el Protocolo: 143; los Estados Partes de uno o ambos instrumentos: 148.

Centrándonos en el título del apartado, vamos a desgranar el concepto en las diferentes partes que conforman el mismo. Así, la expresión “fundados temores” es considerada esencial por el Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR establecido en 2011.

“La determinación de la condición de refugiado requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante más bien que un juicio sobre la situación imperante en su país de origen” (ACNUR, 2011: párrafo 37).

Al elemento del temor, estado de ánimo y condición subjetiva, se añade el calificativo de “fundado”. Ello significa que no es sólo el estado de ánimo de la persona interesada lo que determina su condición de persona refugiada, sino que esa tesis debe estar basada en una situación objetiva. Por consiguiente, la expresión “fundados temores” contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos (ACNUR, 2011: párrafo 38). Lo cual significa que no es sólo la percepción que tenga la persona interesada lo que determina su condición de persona refugiada, sino que esta tesis debe estar basada en una situación objetiva. Por consiguiente, la expresión “fundados temores” contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos.

El elemento subjetivo: el temor. Es considerado, en términos generales como la situación psicológica, un estado mental y por ende, una condición subjetiva que dependerá de las condiciones y los antecedentes personales, familiares y sociales de la persona que solicita protección internacional, de sus experiencias personales y del modo en que interpreta su situación. Condicionada a que el origen de dicho temor sea sufrir persecución. La propia definición y el proceso quedan condicionados a la evaluación de las declaraciones emitidas por la persona que solicita asilo. Este carácter subjetivo se convierte, a su vez, en un factor de difícil prueba, por su condición de subjetivo y por el intento de objetivar condiciones y circunstancias por parte de las personas encargadas de determinar las condiciones y los supuestos de la persecución. Aunque, en la práctica, cualquier expresión o reticencia para regresar al país o lugar en el que la persona estaba sufriendo esta situación o conjunto de condiciones, es normalmente suficiente para establecer el elemento “temor” de la definición del refugio. Atendiendo a lo que establece el ACNUR (2011), la evaluación del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad de la persona que solicita, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas.

Debido a la importancia que la definición concede al elemento subjetivo, es indispensable proceder a una evaluación del grado de credibilidad cuando el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares de la persona que solicita, su pertenencia a un determinado grupo racial,

religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor. El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado.

Elemento objetivo: fundado. Se exige objetividad tanto para determinar el estado psicológico de la persona que solicita como para discernir si existen fundados temores, es decir, que otra persona en su misma situación pudiera sufrir un temor similar. Las personas que toman las decisiones sobre el Derecho de asilo deberán desarrollar un entendimiento detallado del contexto del solicitante, su perfil y experiencias. También se consideran relevantes las experiencias de familiares y/o de otras personas con perfiles comparables. La credibilidad de la persona que solicita y sus temores deben ser evaluados también atendiendo, pero no sólo, a la información de las condiciones en el país de origen. O esto se establece para intentar dar objetividad a la declaración de la persona perseguida, pero posteriormente veremos los problemas e inconvenientes que esto supone.

La doctrina jurisprudencial consolidada establece a la hora de valorar el relato individual de persecución que el “temor a ser perseguido” es un criterio básico para la concesión del asilo y ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor, como podemos observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2009 (RC 233/2006) (FJ 4º). El relato de persecución útil es aquel que expone hechos incardinables entre las causas de asilo y que además está basado en datos objetivos que le dan sustento. Pero más aún, ese relato debe gozar de un nivel de concreción que permita identificar una verdadera persecución, no siendo suficiente a tal efecto un relato vago y genérico que pudiera ser aplicable prácticamente a cualquier persona procedente del mismo país que el solicitante, o que carezca de elementos de contraste y verificación que permitan apreciar su verosimilitud. En tales términos se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2011 (RC nº 678/2008) (FJ 4º).

El conocimiento de la situación es importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona. En general, los temores de la persona que solicita protección internacional pueden considerarse fundados si puede demostrar, en una razonable medida, que la permanencia en su país de origen o de residencia habitual se le ha hecho intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable la vida en caso de que regresara a él. Estas consideraciones no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal de la persona que solicita. Lo ocurrido a otras personas, parientes o personas de su mismo entorno

social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también en víctima de persecución son fundados. Las leyes del país de origen y, en particular, su modo de aplicación, son elementos pertinentes. No obstante, la situación de cada persona debe apreciarse prescindiendo de toda consideración extrínseca, es decir, el fundado temor de persecución debe recaer sobre la persona, aunque los motivos que han llevado a ese temor de persecución pueden ser externos. Un ejemplo que nos muestra la parte objetiva de los temores “fundados” podrían ser las leyes establecidas en un determinados Estado o una parte determinada del mismo. Juzgar una ley como persecutoria en sí y por si misma ha demostrado ser fundamento suficiente para determinar algunas solicitudes por motivo de género. Esto ocurre especialmente por el hecho de que ciertas leyes relevantes podrían emanar de normas y prácticas tradicionales o culturales que no se ajustan necesariamente a los estándares internacionales de derechos humanos.

La persona solicitante también deberá establecer que tiene fundados temores de ser perseguida a causa de esta ley. Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria, podría ser, sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución.

El hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiado de una persona. Cuando la pena o sanción aplicada por incumplimiento de una ley o política sea excesivamente genérica y conlleve una dimensión de género, equivaldría a persecución. Incluso si se trata de una ley de aplicación general, la pena o el trato no puede exceder los objetivos de la ley.

Continúa el texto de la Convención de Ginebra de 1951 estableciendo “... de ser perseguida ...”. De tal manera, que el “temor fundado” debe ponerse en relación con el concepto de persecución. Aunque ni la Convención de Ginebra ni las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR definen lo que debe entenderse por persecución. Es generalmente reconocido que los redactores de la Convención (porque estos fueron varones o personas leídas como tales), intencionadamente, dejaron el significado de persecución abierto porque se dieron cuenta de la imposibilidad de enumerar por adelantado todas las formas de maltrato que pudieran legitimar a una persona para pedir la protección de un Estado extranjero (Hathaway, 1991, Crawley, 2001). Atendiendo al Manual de ACNUR (2011: párrafos 51-53) el fundado temor de la persona que solicita debe estar relacionado con la *persecución*, este motivo es uno más de los conceptos jurídicos indeterminados que encontramos en la Convención de Ginebra de 1951. Así, lo que se entiende por persecución, se puede inferir del Artículo 33 que se refiere a las amenazas contra la

vida, la libertad y otras violaciones graves de los derechos humanos, así como determinados supuestos de discriminación, insistiendo en la necesidad de valorar todas las circunstancias en especial el contexto geográfico, histórico y etnológico del caso de que se trate, aunque reconoce que no existe una definición universal de este concepto. El preámbulo de la Convención de 1951 hace referencia a las normas internacionales de derechos humanos, y éstas definen un marco referencial útil para el análisis. El conocimiento y entendimiento del Derecho internacional de los derechos humanos es una herramienta importante, para que quienes toman las decisiones puedan evaluar si un acto en particular puede ser calificado o no como persecución.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴³ ha venido señalando que para poder hablar de persecución es preciso que los hechos acaecidos o que se tema puedan ocurrir sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su reiteración: ya sea que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, ya sea que impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen. Por eso, no cabe hablar de una persecución incardinable entre las causas o motivos de asilo cuando nos encontramos ante medidas que no revisten la gravedad, en cualquiera de los aspectos antes referidos, que pide la “posición común” del Consejo de la Unión Europea expresada el 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado”.

La jurisprudencia española en un primer momento no reconocía los actos de violencia contra las mujeres, como la violación (Sentencia de la Sec. 1ª de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2002, recurso nº 461/2001, y Sentencia de la Sec. 8ª de la Sala Contencioso Administrativa de la A. N. de 10 de abril de 2002, recurso nº 656/2001) y demás violencias machistas ejercidas sobre la mujer como motivo para solicitar asilo. Respecto al matrimonio forzoso, la jurisprudencia española ha considerado que no podía entenderse como persecución y, por tanto, no podía subsumirse dentro de la Convención de Ginebra: “ni de los autos ni del expediente se desprende que los hechos en los que la recurrente funda su pretensión pueden incardinarse en el artículo 3 de la Ley de Asilo ni en la Convención de Ginebra”⁴⁴.

Se trata de “inveteradas costumbres tribales de mantener a la esposa en el ámbito familiar del esposo fallecido [...] persecución de índole privada o familiar [...] alegaciones de “atavismos

⁴³ 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.

⁴⁴ Sentencia. Sec 8ª de la Sala Contencioso Administrativo de la A. N. de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003).

socio-culturales”⁴⁵, “conflicto familiar”⁴⁶, o “persecución personal”⁴⁷. La violencia machista en pareja ha sido conceptualizada como “una situación mas propia de un supuesto de malos tratos que de asilo”⁴⁸ o “problemas de criminalidad doméstica”⁴⁹.

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 fundamentales. Estas dos opciones no tienen que darse de manera conjunta. Los actos pueden ser lo suficientemente graves por ser graves en sí mismos o por tener un carácter reiterado. Tal y como se encuentra regulado en el artículo 6⁵⁰ de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y la protección subsidiaria. Posteriormente, este artículo 6 de la Ley realiza un *numerus apertus* de los actos de persecución relevantes a efectos de apreciar la existencia de una persecución protegible.

La mención genérica de los derechos humanos en el concepto de persecución permite la calificación de un mayor número de actos como tales, siempre que concurran el resto de elementos, como el carácter especialmente grave o reiterado del daño que se cause. Esta concreción del acto persecutorio dota de mayor seguridad jurídica el régimen de asilo, y especialmente consolida la percepción del estatuto como un mecanismo de protección de derechos [...] y se consolida la complementariedad del régimen internacional de los derechos humanos y el régimen de asilo (Merino, 2012: 218).

⁴⁵ Sentencia de la Sec. 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la A. N. de 31 de marzo de 2005 (recurso nº 1217/2003).

⁴⁶ Sentencia de la Sec. 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (recurso nº 6266/2001).

⁴⁷ Sentencia de la Sec. 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la A. N. de 15 de marzo de 2005.

⁴⁸ Sentencia de la Sec. 1ª de la Sala Contencioso Administrativo de la A. N. de 12 de noviembre de 1998 (recurso nº 661/1998).

⁴⁹ Sentencia de la Sec. 5ª de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 (recurso nº 3020/2000).

⁵⁰ Actos de persecución. 1. Los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución en el sentido previsto en el artículo 3 de esta Ley, deberán: a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien b) ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a). 2. Los actos de persecución definidos en el apartado primero podrán revestir, entre otras, las siguientes formas: a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria; c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) 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; f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. 3. Los actos de persecución definidos en el presente artículo deberán estar relacionados con los motivos mencionados en el artículo siguiente.

Es necesario establecer y atender al umbral de la persecución, no todas las violaciones de los derechos humanos o las situaciones de discriminación o acoso son consideradas, por las personas encargadas de determinar si hay o no persecución, lo suficientemente graves como para ser consideradas como tal. En términos generales, las violaciones graves a los derechos inderogables generalmente constituyen una persecución. Las violaciones serias a otros derechos generalmente también son consideradas persecución, en particular si tienen un elemento sistemático o repetitivo. Se llega claramente al umbral de la persecución si se restringe de forma grave los derechos humanos fundamentales de la persona que solicita. Incluso algunas medidas discriminatorias, que de ser tomadas cada una individualmente no calificarían como persecución, pueden tener el efecto combinado de convertir en intolerable la situación de la persona que solicita. A esto se le consideraría como persecución por “acumulación”. “El enfoque de la persecución basado en los derechos humanos no viene a resolver automáticamente la falta de reconocimiento de las mujeres como refugiadas ya que, como hemos visto, las violaciones de los derechos de las mujeres no siempre han sido consideradas violaciones de derechos humanos. De ahí la necesidad de superar el sesgo androcéntrico, tanto del Derecho internacional de derechos humanos como del Derecho internacional de protección del refugio dadas las sinergias que existen entre estas dos ramas del Derecho internacional” (Miguel, 2014: 300).

3.2.3. Motivos de persecución establecidos en la Convención de Ginebra de 1951

Donde analizamos a qué se refiere cuando se mencionan los motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas.

Siguiendo con la definición establecida en la Convención de Ginebra de 1951, se establece el considerado nexo causal “...por motivo de...” donde nos encontramos ante un *numerus clausus*, es decir, la concurrencia de cualquier otro factor podría influir en la determinación concreta de una solicitud de asilo, pero, en principio, no constituirían elementos definitivos de la misma, puesto que la definición de persona refugiada de la Convención de 1951 especifica que una persona podrá ser calificada como refugiada bajo los parámetros de ésta Convención solamente si teme ser perseguida “debido” a uno o más de los motivos señalados en el artículo 1A(2). Este nexo causal se satisface si el motivo de la Convención resulta ser un factor relevante que contribuye a la persecución; no necesita ser el único ni el motivo predominante. Que haya o no la intención de perseguir es

irrelevante, si el efecto de las medidas tomadas constituyen una persecución para la parte afectada por la persecución y si hay una relación con uno de los fundamentos de la Convención.

En la práctica, es posible que en una misma persecución se den más de uno de los motivos de la Convención, pero es muy complicado que se establezca por otro motivo diferente a los establecidos en la misma. Con el fin de determinar si el temor está o no bien fundado, es necesario evaluar si el Estado tiene disposición y capacidad de dar protección efectiva. En tales casos, se satisface el nexo requerido si: la razón de la persecución se relaciona con uno de los motivos de la Convención, sin importar la razón de la falta de protección por parte del Estado, o si la razón de la persecución no está relacionada con uno de los motivos de la Convención mas la falta de disposición o de capacidad del estado para brindar protección es por uno de los motivos de la Convención.

Establece el Tribunal Supremo⁵¹ que podrá merecer protección a través de otras instituciones, pero no a través del asilo. Así lo declara una jurisprudencia constante, que ha examinado multitud de litigios basados en la casuística. Puede citarse a título de muestra, la sentencia de 10 de octubre de 2011, recurso de casación nº 3822/2009, o la sentencia de 15 de julio de 2011, recurso de casación nº 2575/2008 (FJ 4º). El Tribunal Supremo establece que hay que hacer una puntualización, pues existen hechos que en principio no parecen constitutivos de una persecución, pero que examinados en profundidad nos permiten apreciar que bajo la apariencia superficial de problemas extraños a la institución del asilo, realmente subyace una auténtica persecución amparada en la Convención de Ginebra. La valoración casuística se hace aquí ineludible. Por poner unos ejemplos, podemos atender a la sentencia de 26 de noviembre de 2009 (recurso de casación nº 4232/2006) (FJ 4º), que estudia un caso en el que se acaba concluyendo que una situación de acoso y hostigamiento laboral, que en principio pudiera merecer simplemente el calificativo de problema de relaciones laborales ajenos al asilo, en la medida que trae causa de la disidencia o desafección hacia el régimen castrista, resulta incardinable entre las causas de asilo. Pero tras un estudio detallado se reconduce e integra dentro del motivo político de persecución por conllevar una disidencia política al sistema cubano. Otro ejemplo de lo que se acaba de exponer se establece en la sentencia de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación nº 4178/2002) (F.J.3º), en la que se aprecia un caso que, en una primera aproximación, parecía referir un problema de violencia doméstica encuadrable en un fenómeno de delincuencia común, pero que finalmente adquiere tintes de persecución en la medida que esa violencia traía causa de discrepancias políticas.

⁵¹ El Tribunal Supremo es un órgano jurisdiccional único en el Estado español con jurisdicción en todo el territorio nacional, contituyendo el tribunal superior en todos los órdenes, salvo lo supuesto en materia de garantías y Derechos constitucionales, cuya competencia corresponde al Tribunal Constitucional.

Todo esto se tiene que establecer en un sólo examen global. Esto ha sido reconocido y reflejado en varias formulaciones de la determinación del estatuto del refugio⁵². Así, la clave para calificar a una persona como refugiada atendiendo a la Convención de Ginebra de 1951, es el temor de persecución por uno o más de los motivos establecidos en la misma.

Empezando por el primero de los motivos establecidos en la Convención, el concepto de “Raza” debe ser entendido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 que establece que “la ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

El Manual de procedimiento y criterios de determinación del ACNUR establece que el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados “raza”. Con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia.

La discriminación por motivos de raza ha sido condenada universalmente como una de las violaciones más palmarias de los derechos humanos. ACNUR lo interpreta como cualquier característica étnica distintiva, real o percibida. Los grupos minoritarios son más propensos a ser perseguidos que los mayoritarios, aunque éste no es siempre el caso. En tales circunstancias, es particularmente importante entender el contexto social subyacente. Otra forma de persecución, con frecuencia basada en la raza, es la negación de la ciudadanía y la pérdida de derechos que esto conlleva. Continúa el Manual del ACNUR diciendo que la discriminación por motivos raciales equivaldrá muchas veces a una persecución en el sentido de la Convención de 1951. Siempre que, a causa de la discriminación racial, se vulnere la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables, o cuando no hacer caso de barreras raciales lleve aparejadas graves consecuencias.

⁵² Como ejemplo la decisión de la Cámara Alta del Reino Unido, en el caso de *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, 6 de julio de 2000 (2000) 3 W.L.R. 379, en el que varios de los magistrados confirman el carácter integral del examen, entre ellos, Lord Lloyd de Berwick, quien señala que “desde luego acepto que a fin de cuentas, sólo existe una cuestión, que es si el solicitante tiene cabida en la definición de refugiado contenida en el Artículo 1A(2) de la Convención.” (Pág.390). Por la misma razón Lord Clyde advierte contra un “análisis de demasiado detallado de sus elementos”, que “puede distraer y desviar la atención del propósito esencial de lo que se busca lograr” (pág. 395).

Generalmente, el mero hecho de pertenecer a un grupo racial determinado no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, pueden darse situaciones en que, por las circunstancias especiales en que se encuentre el grupo, tal pertenencia sea de por sí causa bastante para temer la persecución. Los problemas para obtener la protección internacional por motivo de raza son más importantes e inevitables cuanto mayor sean las diferencias culturales con nosotras y nosotros. Regla de "la distancia cultural" popularizada por Sartori.

Sin entrar en profundidad, y permitiendo un breve *excursus* sobre el racismo, es importante decir que el término "raza" comenzó a usarse en el siglo XVI y tuvo su auge en el siglo XIX, como categoría taxonómica equivalente a subespecie. Pero que en la actualidad no tiene validez taxonómica y solo se aplica a los animales domésticos⁵³, por tanto sería mucho más adecuado hablar de etnia o realizar una explicación mayor sobre lo que se refiere con este concepto. El racismo es la expresión más extrema y negativa de la noción de raza, el racismo no se refiere tanto a las diferencias existentes entre los seres humanos como a la necesidad práctica de señalarla y destacarla⁵⁴. No se trata de una actitud espontánea o natural del ser humano, ni mucho menos: es una cuestión cultural. (Naïr, 2010)

No podemos seguir aceptando nuestra respuesta a esas dos exigencias, una respuesta parcial, de segmentación de derechos, de creación de infraciudadanos, en contradicción con las garantías elementales del Estado de Derecho, con la universalidad de los derechos humanos y con las exigencias de la extensión de la democracia en sociedades cada vez más plurales. No podemos seguir ignorando el déficit de legitimidad, la erosión de los principios del Estado de Derecho, que subyacen al dramático contraste entre el pretendido universalismo de nuestra cultura jurídica y política junto a nuestra voluntad de exportar la democracia a todo el globo, y la institucionalización de la desigualdad jurídica y de la subordinación política de los inmigrantes que se traducen en manifestaciones casi aporéticas de institucionalización de la exclusión (Naïr, 2010)

La raza es una categoría social, que sirve para designar grupos sociales, mientras el concepto de raza biológica es una herencia de la antropología eurocéntrica del siglo XVIII y XIX. También nos hace referencia a lo que ya decía Guillaumin en 1989, a saber, la raza no es determinada por la herencia biológica, sino por la ley y por la costumbre (de Lucas, 1992).

⁵³ RABATO, Esther. *Sobre el uso del concepto de "raza" en la especie humana*.

⁵⁴ Se establece en el libro *Breve historia del racismo*, escrito por Chistian Gaule que el racismo aduce razones que la razón ignora. Se sirve de todos los prejuicios para justificar lo injustificable; no ve en el Otro su ser, sino su apariencia; hace del "origen" una sustancia eterna, el credo una esencia intemporal.

ACNUR (2012) establece que la persecución por razones de raza puede manifestarse de distintas formas contra hombres que contra mujeres. Por ejemplo, dice ACNUR que el agente de persecución podría optar por destruir la identidad étnica y/o la prosperidad de un grupo étnico mediante el asesinato, mutilación o encarcelamiento de los hombres, mientras que las mujeres podrían ser vistas como las responsables de propagar la identidad étnica o racial y ser perseguidas de otra forma, por ejemplo, mediante la violencia sexual o el control de la reproducción.

El segundo de los motivos que establece la Convención de Ginebra de 1951 es el motivo de “Religión”. Las solicitudes de asilo por motivos religiosos pueden estar entre las más complejas. El uso del término “religión” en la Convención de 1951 es interpretado de forma que incluya la libertad de pensamiento, conciencia o religión. Como señala el Comité de Derechos Humanos, la “religión” no está limitada a las religiones tradicionales, también cubre ampliamente el no profesar o negarse a profesar una religión o a sostener una creencia religiosa particular. No obstante, el término no es ilimitado.

El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los derechos y libertades fundamentales consagrado en el Derecho internacional de los derechos humanos. Cuando se decide respecto a las solicitudes con base en motivos religiosos, es útil, referirse al Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵⁵ y los Artículos 18⁵⁶ y 27⁵⁷ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También son relevantes los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos, en particular la Observación General No. 22⁵⁸, adoptada el 20 de julio de 1993; la Declaración de 1981 sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; la Declaración de 1992

⁵⁵ Artículo 18 de la DUDH “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*”.

⁵⁶ Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3 La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

⁵⁷ Art 27 “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”.

⁵⁸ Estos comentarios generales los podemos encontrar en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Shrc-gencomments.html>

sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y los informes del Relator Especial sobre Intolerancia Religiosa. Estos estándares internacionales de derechos humanos proporcionan una guía para definir el término “religión” en el contexto del Derecho internacional de los refugiados, que permite revisar las acciones emprendidas por los Estados para restringir o prohibir ciertas prácticas.

Las solicitudes basadas en la “religión” pueden implicar uno o más de los siguientes elementos: religión como creencia o la no creencia, deberá ser interpretada de forma que incluya creencias teístas, no teístas y ateas. Las creencias pueden constituir convicciones o valores acerca de lo divino, la realidad definitiva o el destino espiritual de la humanidad. Religión como identidad, es más un tema de pertenencia a una comunidad que observa o se identifica con creencias comunes, rituales, tradiciones étnicas, nacionalidad o ancestros, que un tema de creencias teológicas. Religión como forma de vida, para algunas personas la “religión” es un aspecto vital de su forma de vida y de cómo se relacionan, por completo o parcialmente, con el mundo.

La persecución por motivos religiosos puede adoptar diversas formas dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, incluyendo el impacto que tiene sobre la persona afectada. La persecución puede ser inter-religiosa, dirigida contra comunidades de diferente fe, intra-religiosa, que se refiere a la establecida dentro de la misma comunidad, o una combinación de ambas. Para determinar si las restricciones o limitaciones constituyen persecución, la persona encargada de tomar las decisiones no sólo debe considerar los estándares internacionales de derechos humanos, incluidas las limitaciones legales al ejercicio de la libertad religiosa, sino también evaluar la amplitud de la restricción y la severidad de cualquier castigo ante el incumplimiento.

La credibilidad es un tema central en las solicitudes de asilo basadas en motivos religiosos. Quienes toman decisiones a menudo encuentran útil, durante su investigación y preparación, hacer una lista de ciertos temas a tratar durante la entrevista, los exámenes de conocimientos deben tomar en cuenta las circunstancias particulares de la persona que solicita, en especial porque las nociones de religión pueden variar considerablemente dependiendo de la extracción social, económica o educativa, la edad y el sexo. En muchas ocasiones va a ser muy difícil distinguir entre los motivos religiosos y los motivos de opinión política, sobre todo cuando no hay una clara diferenciación entre el Estado y la religión. Dice ACNUR (2002) que en algunos Estados, la religión asigna ciertas funciones o códigos de conducta a hombres y mujeres respectivamente. Cuando una mujer que no cumple con la función asignada o se niega a obedecer los códigos sociales es castigada por ello, podría albergar un temor fundado de persecución por motivos de religión. El incumplimiento de

estos códigos puede ser percibido como prueba de que una mujer sostiene una opinión religiosa inaceptable, independientemente de cuáles son sus verdaderas creencias. Una mujer podría sufrir las consecuencias perjudiciales de sus creencias o prácticas religiosas particulares (las que le son atribuidas) cuando rehusa sostener determinadas creencias, practicar una religión oficial o ajustar su comportamiento a las enseñanzas de una religión específica. ACNUR (2012) establece que las experiencias de las personas LGBTI son muy variadas y están fuertemente influenciadas por su entorno cultural, económico, familiar, político, religioso y social. Los antecedentes de la persona que solicita pueden afectar la forma en que él o ella expresa su orientación sexual y/o identidad de género, o puede explicar las razones por las que él o ella no vive abiertamente como LGBTI. Es importante que las decisiones sobre las solicitudes de la condición de refugiado de personas LGBTI no se basen en interpretaciones superficiales de las experiencias de las personas LGBTI, o en supuestos erróneos y culturalmente inapropiadas o estereotipadas. Las solicitudes de asilo basadas en motivos religiosos pueden coexistir con uno o más de los motivos establecidos en la definición de persona refugiada o, como sucede a menudo, pueden originarse en conversiones posteriores a la salida del país, dando origen a solicitudes *sur place*⁵⁹.

En el apartado número 2 del artículo número 1 de la Convención de Ginebra de 1951 también encontramos la “Nacionalidad” como uno de los motivos que se pueden alegar para la solicitud de la protección internacional. ACNUR (1992), establece que este término no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. Estas persecuciones, aunque estos supuestos no pueden considerarse reiterados, pueden consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede suscitar fundados temores de persecución. No siempre será fácil distinguir entre persecución por motivos de nacionalidad y persecución por motivos de opinión política cuando una pugna entre grupos nacionales se combina con movimientos políticos, especialmente cuando un movimiento político se identifique con una “nacionalidad” determinada y que si bien, en la mayoría de los casos las personas que temen ser perseguidas por motivos de nacionalidad pertenecen a una

⁵⁹ Una persona refugiada *sur place* se considera cuando su fundado temor de persecución surge después de la partida del solicitante de su país de origen o de residencia habitual. Las solicitudes de otorgamiento de la condición de refugiada en estas circunstancias se pueden basar en: eventos sobre los cuales la persona no tiene control directo, tales como un golpe de Estado, cambio de gobierno, cambio significativo de políticas gubernamentales, inicio o incremento de conflictos armados o que se filtren nombres de solicitantes de asilo a las autoridades del país de origen. Acciones de la persona que solicita tras su partida. Actividades políticas, conversión a una religión no tolerada por las autoridades del país de origen, o estancia no autorizada en el exterior, en aquellos casos en que esto sea castigado con sanciones severas.

En principio, las solicitudes *sur place* deben ser evaluadas con los mismos criterios que todas las demás solicitudes de otorgamiento de condición del refugio.

minoría nacional, se han dado en los distintos continentes muchos casos en los que una persona que pertenece a un grupo mayoritario teme ser perseguida por una minoría dominante.

El modelo de Estado-nación actual opta por la vía en materia migratoria de la restricción de la entrada y transformación del inmigrante en residente definitivo. Dando lugar a los dos principios clásicos en materia de Derecho de nacionalidad: *ius sanguinis*⁶⁰ y *ius soli*⁶¹. En consonancia con ello, algunos Estados (generalmente los de acogida, ricos o en proceso de gran crecimiento) favorecen medidas asimilacionistas, mientras que los países de origen reaccionan en función de la legislación de nacionalidad y extranjería de los de destino.

Jurídicamente, todo esto se traduce en una regulación nada flexible de la extranjería y en una reformulación de la adquisición de la nacionalidad, para la que se exigirán fuertes vínculos dentro del país, medidas tendentes, en todo caso, a evitar el problema de la plurinacionalidad o al menos de la doble nacionalidad. El problema es que esas medidas jurídicas, se revelan insuficientes y, sobre todo, no siempre coherentes con el principio básico de respeto de los derechos humanos, porque esto último, es decir, la condición del trabajador extranjero en lo relativo a sus derechos fundamentales, queda muy en segundo plano. Lo que prima es el punto de vista estatal, o estatal-nacional (De Lucas, 1992).

La coexistencia dentro de las fronteras de un Estado de dos o más grupos nacionales puede crear situaciones de conflicto y también situaciones de persecución o peligro de persecución. Si bien en la mayoría de los casos las personas que temen ser perseguidas por motivos de nacionalidad pertenecen a una minoría nacional, se han dado en los distintos continentes muchos casos en los que una persona que pertenece a un grupo mayoritario teme ser perseguida por una minoría dominante, ejemplo claro es el de la Apartheid de Sudáfrica, o también se puede mencionar la sentencia de 12 de abril de 2005, recurso de casación nº5799/2001, en la que el Tribunal Supremo ordenó admitir a trámite y estudiar el relato de una solicitante de asilo que no sólo describía unos hechos de violencia doméstica sino también una persecución por motivo de su nacionalidad rusa, por parte de la comunidad tártara.

Llegamos al motivo de “Opinión política”, al cual nos hemos referido anteriormente en algunas ocasiones pero que en este caso veremos de forma individual. Los motivos políticos, cuando son alegados por los hombres, son sin duda los menos disputados de los previstos en la CG

⁶⁰ Derecho de sangre. Es el criterio jurídico adoptado por algunos ordenamientos para la concesión de la nacionalidad consistente en que una persona adquiere la nacionalidad de sus ascendentes por filiación.

⁶¹ Derecho del suelo. Es el criterio jurídico utilizado por algunos ordenamientos jurídicos para la concesión de determinados Derechos de ciudadanía. Y se refiere a las personas de ese lugar o que se encuentran en ese lugar.

porque implican una relación directa con el Estado. Esto viene reflejado por el hecho de que en general, cuando se habla de asilo o refugio se utiliza la expresión “asilo político” o “refugio político” a pesar de que la CG de 1951 prevé otros cuatro motivos de persecución. Muchas de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres se producen en el ámbito privado y por un agente no estatal frente a las violaciones de derechos humanos de los hombres que, mayoritariamente, se producen en el ámbito público y por un agente del Estado. Al tener el derecho un sesgo androcéntrico, las violaciones de los derechos humanos de los hombres y la persecución de éstos en la esfera pública por un agente estatal se erigen como paradigma en el Derecho de asilo y refugio (Miguel, 2014). Las violaciones de los derechos de las mujeres se reconducen a la experiencia masculina que se establece como normativa. La lucha puede ser, por ejemplo, contra lo que Simone de Beauvoir denominaría “las obligaciones por motivo de género” establecidas por las estructuras, pero no asumidas por las mujeres (Beauvoir, 1949). Así, desde un análisis masculino de lo político se sostiene que las mujeres participan menos en política que los hombres, que la política es “más natural” para hombres y que las mujeres están más interesadas por temas morales o sociales. Si las mujeres son políticamente activas, su actividad es menos “auténtica” que la de los hombres y está basada en una comprensión de lo político carente de todo grado de sofisticación. (Crawley, 2001 en Miguel 2014)

La marginación de un determinado grupo de la política no es un simple reflejo de la posición social o de las innatas habilidades de dicho grupo para dedicarse a la política sino que tiene que ver con la distribución de roles, de estatus y de poder, así como de la definición misma de lo político. En muchos lugares del mundo a las mujeres se les impide participar en política por tener que asumir obligaciones domésticas, costumbres locales, pobreza, analfabetismo o falta de educación, etc. Esto se refleja en la menor participación de las mujeres en temas políticos en las altas esferas de poder. No olvidemos que por el contrato social se produjo la exclusión *de iure* de las mujeres del mundo de lo político público y se les asignó como natural el espacio privado-doméstico no político. Esta exclusión originaria *de iure* de las mujeres las ha mantenido excluidas *de facto* posteriormente y hasta la fecha (Barrère, 2013 en Miguel 2014).

En opinión de Santolaya, “debemos evitar entender el término “político” en un sentido restringido como posición frente a un gobierno para incluir en él actitudes contrarias al entramado de creencias, por ejemplo religiosas o sociales, sobre las que se apoya ese régimen y que constituyen su credo oficial, que está dispuesto a imponer, incluso en la esfera privada, utilizando todo su poder coercitivo” (Santolaya. 2000: 575).

“Los temas que en ellos se debatían eran las experiencias personales en torno a la sexualidad, la familia, la maternidad, los sentimientos, esto es, aquellos temas considerados personales y privados y, por tanto, sin trascendencia política, que ahora eran analizados como causas de la opresión de las mujeres y ponían de relieve cómo las relaciones personales son políticas. Con ello ponían en práctica el lema de la época, “lo personal es político”, a la vez que abrían nuevos espacios para el entendimiento de la política: ésta ya no se reducía a la actuación estatal, sino que, por ejemplo, un grupo de mujeres reunidas en la cocina con la finalidad de debatir sobre su identidad y sus relaciones, escuchar sus relatos sobre esa identidad y decidir cómo alcanzar un reconocimiento eran en sí una actuación política. Estaban creando un espacio público de reconocimiento, compartiendo un mundo común y unos intereses comunes, haciendo de sus vidas mismas una actuación política” (Mitchell, 1971:59).

Así, hay que tener en cuenta el lema feminista “lo personal es político”, entendiéndolo como nos sugiere Barrère (2013), es decir, no sólo como una demanda de extensión de la protección estatal a lo “privado” sino también como el *proceso* que transforma en “política” la experiencia personal compartida por las mujeres en los grupos de autoconciencia. Este enfoque ha de reconocer también que las experiencias femeninas de lo político y los conflictos con el Estado son muy diversos. Hay que examinar tanto el rol que juegan diferentes grupos en política convencional y no convencional para recoger la diversidad y heterogeneidad de las experiencias.

El Estado es el paradigma del espacio público mientras que la familia lo es del privado. Dentro de la esfera privada-familiar hay que distinguir a su vez entre el ámbito de la privacidad y el ámbito doméstico (Murillo, 1996).

La esfera privada masculina como apropiación de uno mismo existe frente a la esfera pública. La mujer no tiene cabida ni en la esfera pública ni en la privada masculina. La vida de los hombres transcurre entre la vida pública y la privada, les está permitido entrar en la vida pública y gozar de los beneficios de la vida privada. Sin embargo a las mujeres se les adscribe a la esfera privada y, aunque acceden también a la esfera pública, no dejan de estar adscritas a la esfera doméstica (Thomas y Beasley, 1993).

Las organizaciones internacionales son extensiones funcionales de los Estados que les permiten conseguir sus objetivos. Sus estructuras son una réplica de la estructura de los Estados y, por tanto, son igualmente masculinas, relegando a las mujeres a roles insignificantes y subordinados (Charlesworth, 1995). La ley ciega al género, ignora y devalúa las diferencias en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad que se basa en una falsa universalización del sujeto masculino y en la igualdad de las mujeres por asimilación (Ferrajoli, 1999).

Dentro de lo que se considera opinión política, también se incluye la opinión que se pueda tener con respecto a las funciones de género y la reivindicación y defensa de los derechos humanos de las mujeres. “Reconocer ser feminista es mostrar una opinión política y, por tanto, todas aquellas personas que puedan demostrar un temor fundado de persecución por razón de sus creencias sobre el estatus de las mujeres puede ser reconocidas como refugiadas por motivos políticos, ya sean reales o imputados” (Miguel, 2014:333).

Identificar la resistencia de las mujeres a la subordinación como opinión política es profundamente feminista (Macklin, 1995).

Encontramos alguna línea que considera que “las persecuciones por motivos de género pueden subsumirse dentro de la persecución por motivos políticos” (Miguel, 2014:222) “Basar las demandas en motivos políticos pueden entenderse como el razonamiento más adecuado para los procesos de determinación del estatuto bajo el régimen actual. Principalmente, porque consolida el carácter político del marco conceptual del género, y es suficiente para reconocer la protección en aquellas demandas en las que la persecución es un acto de violencia de género y no concurre ningún otro motivo” (Merino, 2012: 207). Se corre el riesgo de concentrar todas las demandas de asilo en una única categoría por el solo hecho de ser interpuestas por mujeres, independientemente de los motivos. Ello “puede generar [...] una rígida dicotomía entre ‘casos normales’ y ‘casos de mujeres’ que mantendría el carácter excepcional de éstos últimos” (Merino, 2012: 262). Nos dice también Carmen Miguel Juan a este respecto que un sector doctrinal, con el que está de acuerdo, considera que la jurisprudencia en materia de mujeres refugiadas ha enfatizado demasiado la categoría de grupo social en detrimento de la opinión política. Incluyendo las peticiones de asilo de mujeres dentro de persecución por pertenencia a un determinado grupo social, el concepto de mujer refugiada se construye como dependiente, como víctima vulnerable. La tendencia a incluir las peticiones de asilo que realizan las mujeres dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social se debe a dos motivos: uno, es la concepción restrictiva de la persecución por motivos políticos y, otro, que en la legislación de asilo las mujeres son representadas como miembro de la unidad familiar: como madre, esposa, hermana, desempeñando su rol reproductivo y relegada al ámbito privado en donde experimentan las formas más íntimas de opresión. Por el contrario, si la persecución por motivos de género se subsumiera en motivos políticos predominaría un concepto de mujer refugiada menos dependiente y se reconocería su rol en el ámbito público. Sostiene que, en determinados casos, puede resultar más fácil que una mujer sea reconocida como refugiada por motivos políticos que por pertenencia a un determinado grupo social simplemente

reconceptualizando “lo político” desde una perspectiva feminista, es decir, reinterpretando “lo político” y reconociendo las experiencias de las mujeres y las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

“La persecución por motivos de género es una persecución política. Tiene pocas posibilidades de ser reconocida por quienes tienen la competencia para reconocer a una persona como refugiada debido a que supone una ruptura radical de los límites actuales entre lo público y lo privado, dicotomía que justifica el dominio masculino sobre las mujeres y la subdiscriminación de éstas (Barrère 2013, Mestre, 2013) y las reticencias del derecho a aceptar este tipo de argumentos (Barrère, 2008). Por ello, pese a sostener que la persecución por motivos de género es una persecución política, reconozco que subsumir las peticiones de asilo realizadas por motivos de género dentro de la categoría de grupo social puede tener mayor aceptación por parte de los tribunales por no desafiar los límites entre lo público y lo privado” (Barrère, 2013; Mestre, 2013 en Miguel, 2014:255).

Y con este posible desafío entre lo público y privado, llegamos al motivo que se solía utilizar en el Estado español, y aún se utiliza en determinados lugares, para presentar las solicitudes y conceder o denegar la persecución que actualmente entraría en ‘por el motivo de género u orientación sexual’, pero que, como en la CG51 no se encuentran regulados estos motivos, todo lo que no entra en los anteriores se intenta incluir por la ... “pertenencia a determinado grupo social”. De este último motivo podemos decir que se incluyó con la Convención de Ginebra de 1951, los instrumentos internacionales que la anteceden, como el documento constitutivo de la Organización Internacional para los Refugiados⁶² y el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados⁶³ no lo preveían como motivo de persecución. En los trabajos preparatorios de la CG51 se generó un amplio debate en torno al artículo 1 que contenía la definición de persona refugiada, sin embargo, la mayor parte de los debates giraron en torno a las limitaciones geográficas y temporales, las cláusulas de exclusión o sobre qué debía entenderse por una persona apátrida, y no sobre la inclusión de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social (Miguel. 2014). La inclusión de la persecución por “pertenencia a un determinado grupo social” resultó de una enmienda presentada por la delegación sueca en la que se sostenía que, dado que los casos de grupos sociales perseguidos existían, la CG tenía que nombrarlos

⁶² Agencia especializada de las Naciones Unidas creada el 20 de agosto de 1946 para encargarse de la gran cantidad de personas refugiadas surgidas tras la Segunda Guerra Mundial y que se hizo cargo de la mayoría de las funciones de la organización predecesora, la Administración de Ayuda y Rehabilitación de las Naciones Unidas. La organización Internacional para los Refugiados dejó de funcionar en 1952 cuando fue reemplazada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

⁶³ Resolución de la Asamblea General 428 de 14 de diciembre de 1950.

expresamente. Suecia, junto con Noruega, Bélgica y Dinamarca, integraban el grupo de países que propugnaban una definición de persona refugiada más amplia y que estaban en contra de la pretensión de Francia de limitar el concepto de persona refugiada al ámbito europeo. La delegación yugoslava propuso que la palabra “o sexo” fuera añadida en la cláusula que prohibía la discriminación pero la propuesta fue rechazada porque, en palabras del delegado británico, “la igualdad de los sexos era una cuestión de legislación nacional” (Spijkerboer, 1994: 1).

Pese a que no queda muy claro qué tipo de persecuciones se pretendía proteger con la introducción de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social, sí resulta claro que no se estaba pensando en la persecución por motivos de género (Musalo, 2001). En apoyo de esta afirmación hemos de tener en cuenta que en la concepción inicial de la CG el agente de persecución era siempre estatal (Santolaya, 2000) y en la mayor parte de casos en los que se persigue a una persona por motivos de género, estamos ante una persecución llevada a cabo por agentes no estatales. Aunque algunas mujeres participaron en la conferencia de plenipotenciarios de la CG51 como observadoras y representantes de algunas organizaciones internacionales⁶⁴, sus intervenciones en los debates del artículo 1 son inexistentes (Miguel, 2014).

Actualmente podría entenderse que el motivo de “pertenencia a un determinado grupo social” es una herramienta para adaptar la protección a lo cambiante que puede ser una persecución tanto a lo largo de la historia como desde diferentes culturas, por ello es un motivo abierto y no existe un listado de grupos sociales. Este se ha convertido en el comodín inclusivo, es decir, para los motivos que se quieren incluir, pero no se establece claramente cómo encajarlo, se incluirá atendiendo a la pertenencia a determinado grupo social. Pero a pesar de ser el comodín inclusivo o de la inclusión, se establecen unos requisitos específicos que es necesario cumplir para poder ser considerada como una persona refugiada por pertenencia a determinado grupo social. La principal dificultad a que se ha enfrentado la jurisprudencia en este punto ha sido sobre todo la de perfilar ese concepto de “grupo social” a efectos de la concesión de protección, como podemos observar en la sentencia de 16 de junio de 2012 (RC 2116/2007).

El Derecho consuetudinario (el establecido por el uso y costumbre del derecho) ha seguido principalmente dos enfoques: el denominado enfoque de las “características protegidas”, donde se analiza si un grupo está unido por una característica inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar a ella. Los derechos humanos nos ayudan a identificar estas características. Para la aplicación de este

⁶⁴ Como la Confederación Internacional de Sindicatos Libres, Unión Católica Internacional de Servicio Social, Consejo Internacional de Mujeres, Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad.

enfoque, los tribunales y los órganos administrativos concluyeron en una serie de resoluciones que las mujeres, los homosexuales y las familias, entre otros, pueden constituir un determinado grupo social dentro del propósito del Artículo 1A(2). El segundo enfoque se refiere a la “percepción social”, donde se examina si un grupo comparte o no una característica común que lo convierta en un grupo conocido o que lo distinga del resto de la sociedad en general. De nuevo, atendiendo a las circunstancias de la sociedad en la que vivan las personas se incluyen o no dentro de este análisis como grupos sociales específicos. Los análisis de estos dos enfoques coinciden con frecuencia, pero no siempre.

La norma general es que los grupos cuyos miembros son perseguidos por una característica inmutable o fundamentalmente común, a menudo se perciben como un grupo social en sus respectivas sociedades. 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 definatorios anteriormente citados, tanto el de la característica innata o inmutable común como el de la percepción social de la identidad diferenciada, de forma alternativa y no acumulativa” (Lafuente, 2014:345-388).

En 1995 en Estados Unidos se resolvió el caso *Acosta*⁶⁵. En este caso, el solicitante alegó que la persecución que sufría era por su pertenencia a un determinado grupo social, “taxista de la cooperativa a la que él pertenecía y que se negaba a llevar a cabo los paros laborales exigidos por la guerrilla”. Esta sentencia fue paradigmática para la jurisprudencia de otros países e incluso para el ACNUR quien, al publicar las Directrices de Protección Internacional sobre pertenencia a un determinado grupo social, recoge la definición de grupo social de Acosta. La sentencia dice que la característica compartida puede ser innata como el sexo, color, los lazos familiares o, en determinadas circunstancias, puede ser una experiencia pasada común. Cualquiera que sea esta característica, debe ser una que las personas que forman parte del grupo no pueda cambiar o que, aunque puedan cambiarla, sea tan fundamental para su identidad que no pueda exigírsele renunciar a ella. Hathaway (1991) haciéndose eco del enfoque adoptado en Estados Unidos en el caso *Acosta*, distingue tres tipos de grupos sociales: grupos definidos por una característica innata, inalterable. Grupos definidos por su estatus pasado temporal o voluntario en la medida en que no está en sus manos el poder cambiarla. Grupos definidos por su voluntad de asociación en la medida que dicha asociación es tan fundamental para la dignidad que no deben ser requeridos a abandonarla.

⁶⁵ Matter of Acosta, A-24159781, 12 May 1989.

Es importante también la actitud de otros grupos en la sociedad ante el supuesto grupo social y, en particular, el tratamiento dado por las autoridades del Estado. La importancia y la identidad de un grupo social puede estar en proporción directa a la percepción que otros tengan de dicho grupo sobre todo a nivel oficial. Por lo tanto, la noción de grupo social posee un elemento abierto que potencialmente es capaz de expandirse a favor de una variedad de diferentes clases de persecución. El problema también es la propia definición de grupo social ya que trata a las mujeres como un grupo homogéneo y define el sexo como una característica innata e inmutable, biológica y no cultural. Este problema se ha planteado en relación con peticiones de asilo de transexuales. Como en el caso *Hernández Montiel e Immigration and Naturalization Service*⁶⁶. Hernández Montiel presentó en Estados Unidos el 22 de febrero de 1995 una solicitud de asilo por motivo de pertenencia a determinado grupo social, la cual fue denegada por considerar que su grupo social particular eran “hombres homosexuales que desean vestirse como mujeres” y por considerar que la forma de vestir no es una característica inmutable. Posteriormente en la Corte de Apelación se consideró que la identidad sexual de Hernández Montiel es una característica inmutable e inherente a su identidad. Y que podría sufrir persecución por este motivo al regresar a México, de donde procedía, así la deportación no debía producirse y se le tenía que otorgar el asilo. Por cumplir también el resto de requisitos exigidos para la concesión de la protección internacional.

Así, mientras que la mayoría de personas no transexuales o transgénero puede considerar su sexo inmutable no ocurre lo mismo con las transexuales y transgénero. A esta ficción jurídica a la que el derecho ha tenido que recurrir por partir del *sistema sexo/género* se le ha llamado “identidad preformativa” (Landau, 2005:251).

Con fecha 7 de noviembre de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁷ establece, en la Sentencia de los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z, que “Los homosexuales que solicitan asilo pueden constituir un grupo social específico que es objeto de persecución por motivo de su orientación sexual”. En este contexto, la existencia en los países de origen de una pena privativa de libertad que reprima los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución, siempre que sea efectivamente aplicada. El caso concreto que les ocupa

⁶⁶ *Geovanni Hernández Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, N° 98-70582, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit. 225 F. 3d 1084, Argued and Submitted December 8, 1999, Filed August 24, 2000.

⁶⁷ La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

es el de X, Y y Z, que son nacionales de Sierra Leona, Uganda y Senegal, respectivamente. Solicitan el estatuto de refugiados en los Países Bajos alegando que tienen temores fundados a ser perseguidos en sus países de origen debido a su orientación sexual. En efecto, los actos homosexuales constituyen delito en los tres países y están sancionados con severas penas que van desde elevadas multas a penas de prisión, en algunos casos de cadena perpetua. El órgano jurisdiccional neerlandés pregunta al Tribunal de Justicia si los nacionales de terceros países que son homosexuales constituyen un “determinado grupo social” en el sentido de la Directiva. Además, pregunta cómo deben determinar las autoridades nacionales qué constituye un acto de persecución en relación con actividades homosexuales en este contexto, y si la tipificación penal de estas actividades en el país de origen del solicitante de asilo, que están sancionadas con penas de prisión, constituye persecución.

El Tribunal de Justicia considera, que la orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella. El Tribunal de Justicia reconoce que la existencia de una legislación penal cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. No todas las violaciones de los Derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzarán necesariamente la gravedad requerida para que sea considerada persecución. En este contexto, la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto de tal gravedad como para considerar que constituya una persecución en el sentido de la Directiva. En cambio, una pena privativa de libertad que castiga los actos homosexuales puede constituir por si sola un acto de persecución, siempre que sea efectivamente aplicada.

Young propone entender que un grupo social no se define primariamente por un conjunto de atributos compartidos sino por un sentido de identidad que tienen las personas que lo integran (Young, 1994). El ACNUR reconoce que la “pertenencia a un determinado grupo social” es el motivo menos claro y realiza una definición que pretende que ambos enfoques sean conciliados estableciendo una única norma que incorpore ambos enfoques dominantes: “un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”. Esta definición debe leerse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos. Establece ACNUR (2002) que “el sexo puede ser subsumido en la

categoría de 'grupo social', siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países. Esta definición también abarca a homosexuales, transexuales y travestidos. En algunas ocasiones, el tamaño del grupo ha sido utilizado para denegar la categoría de grupo social a las mujeres. Este argumento no tiene base fáctica o razón alguna, puesto que ninguno de los otros motivos de la Convención están sujetos a consideraciones de tamaño. Tampoco sería necesario que el grupo estuviera especialmente unido o que sus miembros pertenezcan de manera voluntaria, o que cada miembro del grupo esté en riesgo de persecución. Está generalmente aceptado que debería existir la posibilidad de identificar al grupo independientemente de la persecución; sin embargo, la discriminación o la persecución podrían ser un factor relevante a la hora de determinar la visibilidad del grupo en un contexto particular”.

Tanto el motivo de género como el de orientación sexual serán analizados de forma individualizada posteriormente, con la pretensión de realizar un estudio más pormenorizado y extenso de los mismos, al ser la base teórica de esta tesis. Los estudiados hasta ahora son los motivos que encontramos en la CG51, siendo el motivo de género y orientación sexual incorporados en la legislación nacional en el año 2009 a través de la normativa 12/2009 y además estableciendo en los mismos unas características específicas como es el estudio de las circunstancias imperantes en el país de origen, como veremos posteriormente. En este punto, seguimos analizando las características que conforman la definición de persona refugiada incluida en la CG51 y que se establece como base teórica internacional.

La persona refugiada que quiere aspirar a ver garantizado su derecho en base a la Convención de Ginebra de 1951, se tiene que encontrar fuera del país de su nacionalidad o en el caso de apátridas, fuera del país de su residencia habitual. En este contexto, el término “nacionalidad” designa la “ciudadanía”. La protección internacional no puede entrar en juego mientras la persona se encuentre bajo la jurisdicción territorial de su país de origen o residencia habitual en el caso de las personas apátridas. Debe ser establecido de manera documental, mediante declaraciones o cualquier otra información entregada por la persona que solicita u obtenida de otras fuentes. Aquellas personas solicitantes que tengan más de una nacionalidad deben establecer un fundado temor de persecución en referencia a cada uno de los países de los que son nacionales, o que ninguno de los mismos pueda garantizar su seguridad para así poder calificar a la condición de persona refugiada. Esto sólo se aplica si la segunda nacionalidad conlleva todos los derechos de los que normalmente goza la ciudadanía de ese país. Aunque este no es siempre el caso. La

jurisprudencia se ha venido pronunciando para determinar diferentes supuestos que se le han ido planteando, por ejemplo, cuando no conste claramente la nacionalidad de una persona, su condición de refugiada deberá determinarse de manera semejante a la de una persona apátrida, es decir, tendremos que tener en cuenta el país donde antes tenía su residencia habitual en vez del país de su nacionalidad. La nacionalidad puede probarse mediante la posesión de un pasaporte nacional. La posesión de ese pasaporte crea la presunción, salvo prueba en contrario, de que el titular es nacional del país que lo haya expedido, a menos que en el pasaporte mismo conste otra cosa. La persona titular de un pasaporte en el que conste como nacional del país que lo ha expedido y que afirma que no posee la nacionalidad de ese país, debe justificar su afirmación. En principio, la mera afirmación del titular de que el pasaporte le ha sido extendido por razones de conveniencia para fines de viaje únicamente no es suficiente para destruir la presunción de nacionalidad.

Y continúa el texto legal diciendo [...] “y no puede o a causa de dicho temores, no quiere acogerse a la protección de su país de nacionalidad o de residencia habitual”. Esto puede significar: que la persona no está bajo la protección del país, debido a diferentes circunstancias que están más allá del control de la persona afectada, o que la persona no quiere aprovechar la protección del país de nacionalidad o de residencia habitual y rechaza la protección de ese país debido a su fundado temor de persecución.

Está emergiendo una nueva interpretación del significado de la expresión “protección del Estado”, donde las personas que toman las decisiones sobre la protección internacional examinan si realmente hay protección disponible dentro del país de origen, pero en lugar de analizar esto como un elemento separado, se considera como parte de la evaluación sobre si existe o no un fundado temor. La pregunta tiene relevancia particular en casos en los que el temor a la persecución está relacionada con actos de agentes no estatales y dentro del contexto de la denominada “alternativa de huida interna o re-ubicación”. Esta protección tendría que estar disponible de una manera genuina y significativa. Los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil y otros agentes no estatales no son un sustituto de la protección del Estado. ACNUR, dentro del contexto de la evaluación de una solicitud de las condiciones del refugio, establece que la evaluación de si existe o no una zona segura dentro del territorio requiere dos análisis principales: El análisis de la pertinencia: ¿es la zona de reubicación accesible, práctica, segura y legalmente segura para la persona? ¿Es el agente de persecución un agente estatal o no estatal? ¿Se vería la persona que solicita en peligro de ser perseguida o de sufrir un daño serio si es reubicada? Y el análisis de la razonabilidad, el criterio a ser examinado bajo este análisis es: ¿puede la persona que solicita llevar una vida relativamente normal sin enfrentar dificultades excesivas? Al examinar la

pertinencia y razonabilidad de un sitio propuesto para la huida interna o reubicación, las consideraciones de género se deben tener en cuenta.

Las autoridades del país de destino pueden denegar la solicitud de protección internacional alegando que en otra parte del territorio nacional del Estado del que procede la persona podría encontrar protección o no encontrarse amenazada por la persecución, algo que denominan “alternativa de huida interna”, de tal manera que aún habiéndose alegado una persecución que en principio reúne los requisitos que la hacen merecedora de protección, no da lugar a una resolución de reconocimiento de la condición de persona refugiada por entenderse que esa persecución puede evitarse mediante el desplazamiento hacia “zonas seguras” dentro del mismo país de origen.

Si realizamos una interpretación feminista, se debe exigir la realización de un análisis de la pertinencia. Si el país en cuestión penaliza las relaciones entre personas del mismo sexo y hace cumplir la legislación pertinente, lo habitual es que tales leyes sean aplicables en todo el territorio. Cuando el miedo a la persecución está relacionado con estas leyes, la alternativa de huida interna no sería relevante. Las leyes que no le permiten a una persona transgénero o intersexual acceder y recibir tratamiento médico adecuado si lo busca, o que cambie los marcadores de género en sus documentos, también serían normalmente aplicables en todo el país y deben ser tenidas en cuenta cuando se considera el lugar propuesto de reubicación como adecuado o inadecuado. En esta línea, la intolerancia hacia las personas LGBTI tiende a existir en todo el territorio, no siendo, como norma general, posible en estos supuestos tampoco la alternativa de huida interna. No se debe contar con la alternativa de huida interna cuando la reubicación implica el (re-)ocultamiento de la orientación sexual y/o identidad de género de la persona para lograr seguridad⁶⁸. En este ámbito, podemos encontrarnos con que las autoridades establecen que en algunos países, debido al progreso social y político en determinadas circunstancias se considera que puede constituir una alternativa de reubicación, por ser consideradas una zona segura para las personas que huyen por motivo de orientación sexual o identidad de género. En este contexto, es importante recordar que las personas encargadas de la toma de decisiones tienen la responsabilidad de la carga de la prueba a la hora de establecer que un análisis sobre si la reubicación es pertinente al caso en particular, incluyendo la identificación del lugar propuesto para la reubicación y la recolección de información de país de origen al respecto (ACNUR, 2003: párrafos 33-34).

⁶⁸ Por ejemplo, *Okoli contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)*, 2009 FC 332, Canadá, Tribunal Federal, 31 de marzo de 2009, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5b4bfa2.html>, que consideró que la ocultación de una característica inmutable, es decir, la orientación sexual de la solicitante, era un "requisito inadmisibles" para la evaluación de la alternativa de huida interna, párrs. 36-37, 39

La práctica de los Estados no es coincidente y el ACNUR establece que la alternativa de la huida interna no puede constituir un motivo de inadmisión de una solicitud de asilo, pero puede fundamentar un no reconocimiento de la condición de persona refugiada (ACNUR, 2011). Dado el carácter casuístico de la materia, el Tribunal Supremo ha estudiado la alternativa de huida interna en relación con las circunstancias concurrentes en cada litigio. Con carácter general puede afirmarse que es necesario que la alternativa de huida interna sea susceptible de conferir una protección real y eficaz, como remarca la Sentencia de 3 de febrero de 2009 (R.C. nº 1189/2006. FJ 4º).

Y por último, señala la definición de la protección internacional establecida en la Convención de Ginebra de 1951 la protección conferida para las personas apátridas, cuando establece que [...]“o careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” [...]. La consideración de que una persona es apátrida se basa en que la nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona y un Estado, estas personas carecen de este vínculo. Las personas apátridas que también son refugiadas tienen derecho a la protección internacional prevista en la CG51. Para hacer frente a los problemas, que no son pocos, de protección que aquejan a las personas apátridas, en particular a aquellas que no son refugiadas, la comunidad internacional adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954⁶⁹. Esta Convención se basa en un principio fundamental: ninguna persona considerada apátrida debe ser tratada peor que cualquier persona extranjera que posea una nacionalidad (algo que puede suponer una situación muy dura para las personas apátridas). El disfrute de los derechos garantizados por la Convención de 1954 no equivale a la posesión de una nacionalidad. Es por esta razón que la Convención de 1954 solicita a los Estados que faciliten la naturalización (artículo 32) de los apátridas. La Convención de 1954 no prescribe un procedimiento específico para determinar que una persona es apátrida. Los Estados definen las instituciones y/o autoridades involucradas, las etapas del proceso, así como las garantías y salvaguardias procesales que deben existir para asegurar el cumplimiento de las normas internacionales del debido proceso. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha indicado que la Oficina debe proporcionar asesoría técnica a los Estados Parte sobre la aplicación de la Convención de 1954 con el fin de garantizar una aplicación coherente de sus disposiciones, para que los Estados Partes proporcionen información sobre las leyes y reglamentos internos a través de los cuales se aplican los términos de la Convención (artículo 33). Un elemento fundamental en la definición de persona refugiada es tener un temor fundado de persecución. Ser

⁶⁹ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39. Serie de Tratados de Naciones Unidas Nº 5158, Vol. 360, p. 117.

apátrida no necesariamente involucra la persecución. Además, para ser refugiada, una persona apátrida también debe estar fuera de su país de residencia habitual, pero como norma general la mayoría de las personas apátridas nunca han abandonado el país donde nacieron. Sin embargo, la apatridia es a menudo una de las causas del desplazamiento forzado. Cuando las personas apátridas también son refugiadas, están amparadas por la Convención de 1951 y el Derecho internacional de refugio, si cumplen el resto de requisitos y condiciones establecidas en esta normativa internacional y en la establecida a nivel nacional sobre la materia.

Para la inclusión del género en la Convención de Ginebra de 1951, porque como acabamos de ver no se establece como motivo en el texto de la misma, tiene que ser introducido mediante la interpretación, mediante la modificación del texto de la Convención, o la inclusión del género como determinado grupo social, con las consecuencias tanto positivas como negativas que cada una de las opciones tiene y que pasamos a analizar.

3.2.4. Discusión teórico-normativa en torno a la Convención de Ginebra de 1951

Tanto el texto, como la interpretación y aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 no es pacífica, la principal traba para su modificación es que como hemos visto anteriormente, contó para su aprobación con un amplio consenso y posteriormente ha sido ratificada por muchos otros estados que se han ido adhiriendo a lo largo de los años. Este consenso en torno al texto legal y la interpretación que del mismo realiza el ACNUR podría no ser tan amplio si el texto actual se modificara, pero como también hemos visto anteriormente, se realizó en un momento determinado con una finalidad específica, esta finalidad primera se ha visto modificada por la evolución socio política y económica producida desde los años cincuenta hasta la actualidad. La CG51 solamente ha contado con una modificación, la producida por el Protocolo de Nueva York de 1967, esta modificación eliminaba la restricción temporal y territorial que la CG51 incorporaba. Pero esta modificación y por tanto el actual texto convencional deja fuera a muchas personas refugiadas que no logran el estatuto de protección debido a que no cumplen las premisas del texto legal, en este supuesto encontramos otros muchos supuestos, algunos de la magnitud de las personas desplazadas por motivos ambientales o por la actividad de las empresas multinacionales o las grandes obras, pero por ser esta investigación sobre el motivo de género y orientación sexual, centraremos este apartado en las personas que por estos motivos o por ser perseguidas por los mismos, son refugiadas

asimilables. Así, por ejemplo, las personas leídas como mujeres experimentan mayores obstáculos que los hombres para ser reconocidas como refugiadas debido a que no se reconocen sus experiencias de persecución. Así, cabe preguntarse si el hecho de que las mujeres no sean reconocidas en la misma medida que los varones como refugiadas es debido a que la Convención de Ginebra no prevé expresamente la persecución por motivos de género, porque la interpretación del ACNUR es insuficiente, o por que los estados realmente no aplican la CG51 en toda su amplitud. Como podemos observar por los datos obtenidos de ACNUR, la mitad de las personas que se encuentran actualmente en Campos de personas refugiadas son leídas o se sienten y nombran como mujeres, un dato nada desdeñable a tener en cuenta a la hora de determinar las causas y consecuencias de que en este asunto se tienda hacia una parte u otra del dilema. “De acuerdo con los datos del ACNUR, las mujeres representan más del 50% de la población refugiada mundial de los campos bajo mandato del ACNUR, ubicados en las regiones próximas a los países de los que huyen⁷⁰. Por el contrario, cuando se consideran las cifras de solicitudes de asilo individuales en terceros países su presencia disminuye, probablemente porque este tipo de movilidad requiere contar con recursos suficientes para emprenderla. Si bien en la mayoría de ocasiones, los motivos de huida se corresponden con los convencionales, desde finales del siglo XX se produce la denominada «feminización» del asilo y de las experiencias persecutorias” (Merino, 2016: 189).

“El reconocimiento del género como una dimensión susceptible de singularizar las experiencias de persecución debe hacer frente a diversos obstáculos, especialmente si el régimen de asilo se considera androcéntrico y se pretende subvertir dicho presupuestos, al menos puesto que ello exige revisar cómo se ha configurado el propio régimen y sus elementos” (Merino, 2016: 189). Estaríamos ante la disyuntiva planteada hasta ahora de determinar si las categorías ya existentes en la Convención de Ginebra son suficientes para reconocer las experiencias de persecución que plantean las personas leídas o sentidas como mujeres o por el contrario, sería necesario incluir la persecución por motivos de género, o habría que plantearse una incorporación del motivo de género y orientación sexual acompañado de una interpretación acorde al mismo y por tanto una interpretación feminista que realmente nos permita hacer frente a la magnitud del problema que nos plantea la sociedad.

Este dilema ha sido planteado como “aumentar versus reinterpretar las categorías existentes” (Randall, 2002: 283). Santolaya (2000:10) plantea el dilema en los siguientes términos: el problema al que debemos enfrentarnos es si la Convención de Ginebra, reinterpretada como

⁷⁰ Estadísticas oficiales sobre la población refugiada y demás aspectos en los informes anuales emitidos por el ACNUR o sus bases de datos.

señala el Título preliminar de nuestro Código Civil, de acuerdo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, es un instrumento adecuado para dar respuesta a ese fenómeno o, por el contrario, es preciso una reformulación de la definición de refugiado que acoja de manera expresa y en plano de igualdad a las restantes causas de persecución previstas en su artículo 1 A (2) la que se produce por razón de sexo de los solicitantes.

La respuesta a este dilema distingue la postura de quienes opinan que es necesario incluir un sexto motivo, el género, puesto que el intento de subsumir la persecución por motivos de género dentro de las categorías existentes no es una solución adecuada por no haberse traducido en una mayor defensa de los derechos de las mujeres; y la de quienes consideran que la Convención de Ginebra debidamente interpretada puede dar cabida a la persecución por motivos de género y que, por lo tanto, no es necesario modificarla para incluir un sexto motivo: el género.

3.2.4.a) Teoría de la interpretación

Esta postura sostiene que la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de la Convención de Ginebra vía interpretativa. Tanto el ACNUR, las Guías de Género y jurisprudencia de países como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, entre otros, establecen a través de sus directrices o jurisprudencia, que la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de los motivos ya previstos en la Convención de Ginebra (Santolaya, 2000, 2011; Hathaway, 1991 y Musalo, 2005), en concreto dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social, aunque también en menor medida en motivos políticos (Kennady, 1998; Stevens, 1993 en Miguel 2014).

ACNUR establece que: “aunque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que este puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivo de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951” (ACNUR: 2002- párrafo 6). “Es un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género, con el fin de determinar adecuadamente las solicitudes de condición de refugiado” (párrafo 2). Aunque este argumento debe ser tenido en cuenta con las cautelas necesarias, puesto que una de las funciones principales de ACNUR es interpretar la Convención de Ginebra de 1951.

La perspectiva de sexo/género de las personas que solicitan protección internacional, presenta rasgos específicos que no pueden ser entendidos desde la supuesta neutralidad de género de las categorías de la Convención con las que normalmente nos enfrentamos al fenómeno de los refugiados (Santolaya. 2002).

Si bien no es necesario modificar la CG impera la necesidad de reinterpretar dicho instrumento desde una perspectiva de género para dar cabida a las experiencias de persecución de las mujeres y de otros grupos, y “ que no predomine un punto de vista masculino que se quiera imponer como pretendidamente neutral tanto a hombres como mujeres” (Balbuena, 2004:4). Randal (2002:283) afirma que “añadir el género como un motivo más no desplazará la necesidad simultánea de expandir la interpretación de las categorías existentes en el actual marco jurídico” ya que debido a la discriminación interseccional que sufren las mujeres (Crenshaw, 1989) éstas podrán ser perseguidas simultáneamente por varios motivos de los previstos en la CG.

Esta necesidad de reinterpretar la CG en el ámbito español ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por Gortazar (1997:134) al afirmar que “el principal problema que plantea la definición de refugiado contenida en el artículo primero de la CG es que deja sin cubrir situaciones que precisan una solución justa”. También por Trujillo Herrera (2003:140) al establecer que “la definición de refugiado por la CG se muestra inadecuada ante el nuevo escenario internacional, y ello por diversos motivos. No se aclara qué se entiende por persecución, ni las obligaciones que hay respecto de las personas con fundados temores de ser perseguidas por motivos diferentes de los cinco enunciados, por ejemplo, el sexo”.

La reinterpretación necesaria es la perspectiva de género, es decir, utilizar métodos feministas de análisis, tener en cuenta el género (Scott, 1990) y las experiencias de las mujeres (Mohanty, 1984) como categorías de análisis y entender el *gender mainstreaming* como una forma de contribuir a la teoría feminista realizando tareas propias del feminismo, como sacar de la invisibilidad las experiencias de la mujeres y mostrar cómo un determinado sistema social pone a las mujeres en desventaja o las convierte en invisibles. Es decir entender el *gender mainstreaming* como paradigma para analizar la realidad y realizar propuestas políticas, como estrategia integral para transformar la realidad institucional y como herramienta para incorporar el género de manera transversal (Mestre, 2008). Crawley (2001) afirma que la incapacidad de aquellos que deben decidir sobre la necesidad de protección internacional para reconocer y dar una respuesta adecuada a las peticiones de asilo no deriva del hecho de que la CG no prevea expresamente la persecución por motivos de género, sino que se debe a que la CG ha sido y es mayoritariamente interpretada desde un punto de vista masculino, tomando como modelo la experiencia de los varones (Miguel. 2014).

Nos dice Haraway (1988) que la objetividad no existe sino que todo conocimiento es situado, como situada es la decisión que toma un/a juez o jueza que decide conceder o denegar protección internacional a las mujeres. Dicha resolución es tomada desde su propia ideología y, en algunos casos, ésta puede ser conservadora y patriarcal.

La Convención de Ginebra debe ser interpretada teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados en donde se especifica que la interpretación de los tratados debe hacerse de conformidad con “toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, es decir, de conformidad con lo previsto en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto generales como específicos que prohíben la discriminación por razón de sexo y que consagran derechos específicos de las mujeres. En segundo lugar, la Convención de Ginebra debe interpretarse teniendo en cuenta todas las directrices de protección internacional, recomendaciones, guías, notas y conclusiones publicadas por el ACNUR en ejercicio de su misión de velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección de las personas refugiadas a las que he hecho referencia en el marco jurídico internacional. En tercer y último lugar, la Convención de Ginebra debe interpretarse en concordancia con la jurisprudencia del TEDH dictada en aplicación de la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante consagrado en el artículo 3 del CEDH. Aunque el CEDH no prevé expresamente el Derecho de asilo, el principio de *non-refoulement* es parte integrante de la prohibición del artículo 3 y, de este modo, el CEDH prevé lo que López Garrido (1991), denomina asilo “indirecto” o “condicional”, tal y como he expuesto anteriormente.

Esta necesaria reinterpretación de la Convención de Ginebra tiene que hacerse en relación con todos los componentes de la definición de persona refugiada: temor fundado de persecución, falta de protección estatal y agentes de persecución, alternativa de huida interna, y nexo causal, es decir, que la persecución o el daño se lleve a cabo por uno de los motivos de la Convención de Ginebra. ACNUR establece que, actualmente, la definición de persona refugiada establecida en la CG51 debidamente interpretada, abarca las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no sería necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención, ya que al intentar aplicar los criterios de la definición de refugio es importante considerar la decisión de manera integral y tener en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso. Es esencial contar con una visión completa de la personalidad, el pasado y las experiencias personales en la solicitud de asilo, así como el análisis y conocimiento actualizado de las circunstancias históricas, geográficas y culturales específicas del país de origen. ACNUR pide a los Estados que todavía no lo han hecho,

que garanticen la perspectiva de género en la aplicación del Derecho de refugio y sus procedimientos (ACNUR, 2002).

Nos dice Merino que “nos podemos encontrar con tres escenarios: que el acto persecutorio se base en el género (es decir, que el daño que se cometa sea un tipo específico de violencia basada en el género), aunque el motivo por el que se huya no sea el género, sino uno de los expresamente previstos en la Convención. Entre otros, es el caso de la violencia sexual como acto de persecución que se produce por profesar unas determinadas opiniones políticas. Que el acto persecutorio no sea un acto de violencia de género, pero la persecución sí ocurra por motivos de género. Por ejemplo, las agresiones físicas contra una mujer que ha transgredido normas discriminatorias en tanto que impongan obligaciones injustas solo para las mujeres. O que el acto persecutorio sea un acto de violencia de género y que no concurra ninguno de los motivos establecidos en la Convención, sino que se deba a motivos de género. El paradigma de este supuesto es la violencia intrafamiliar basada en el género. Aquí reside la laguna normativa si el género no se considera un motivo de persecución, o al menos si no se reinterpretan los motivos de forma adecuada. En definitiva, estos tres escenarios guardan relación por la mediación del género. Tanto si se esgrime como motivo de persecución como si el acto persecutorio es violencia basada en el género.

Sin embargo, la interpretación sigue sin ser pacífica y ha provocado que el reconocimiento del estatuto de las demandas por estos motivos dependa del país en el que se solicita, que en el ámbito de la Unión Europea la solicitante no puede libremente decidir debido a las estrictas normas de determinación del estado responsable del examen de la solicitud. A consecuencia de ello, urge repensar el reconocimiento del género o su posible toma en consideración para reinterpretar el resto de motivos, tanto porque existe cierto acuerdo en el carácter androcéntrico de este régimen, y porque se debe subvertir dicho presupuesto para integrar estas demandas de un modo coherente y garantista” (Merino, 2012; 2016)

ACNUR entiende que “género” es la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo. No es estático ni innato, pero adquiere un sentido de base social y cultural a lo largo del tiempo. Continuando con lo establecido por ACNUR, “sexo” es lo que viene determinado por las condiciones biológicas y establece que “la persecución por motivos de género” es un concepto que carece de un sentido legal *per se*. Se usa más bien para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado. Las circunstancias particulares de cada individuo determinan cuándo se puede hablar de un temor fundado de persecución. Si bien hombres

y mujeres podrían padecer el mismo tipo de daños, también existe la posibilidad de que sufran formas de persecución específicas de su sexo (ACNUR, 2002).

El género se afirma como un elemento clave en la concepción de la violencia ejercida sobre las mujeres. En este sentido, la naturaleza y los caracteres de la violencia derivan de las identidades de género resultado del sistema sexo-género. Identidades en las que confluyen otras variables sociales y que no necesariamente provocan el fenómeno violento. Las relaciones de poder van a depender del universo simbólico, los discursos, las instituciones sociales, otros ejes sociales en definitiva, que conforman las estructuras de dominación. Entre las cuales encontramos aquellas basadas en el género, y que se insertan en el ordenamiento jurídico.

La afirmación de la inclusión de la dimensión de género en las solicitudes de asilo no es una novedad, si partimos de la premisa de que el ordenamiento jurídico y sus operadores a través de sus prácticas construyen también dichas identidades. El propósito principal de establecer la noción de violencia de género es dar una respuesta basada en la experiencia concreta de persecución, teniendo en cuenta el contexto en el que se produce y el mayor número posible de factores que la desvelen como una violación grave de los derechos humanos (Merino, 2012).

El ACNUR en el párrafo 22 de sus “Directrices de género” establece que “Para determinar si un solicitante particular ha cumplido con los criterios de la definición del refugio es importante asegurarse que cada uno de los motivos contemplados en la Convención se interpreta desde una perspectiva sensible al género”. En las peticiones de asilo por motivo de género, uno de los requisitos más difíciles de cumplir es demostrar que la persecución se produce por uno de los motivos de la CG. Esta dificultad es debida a que se tiende erróneamente a considerar que la persecución por motivos de género se produce por un motivo personal, privado y no por motivos previstos en la CG. ACNUR intenta salvar este problema estableciendo el enfoque bifurcado, así, en situaciones en las que exista un riesgo de ser perseguido por un agente no estatal por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención, se establece el nexo causal, independientemente de que la ausencia de protección por parte del Estado guarde o no relación con la Convención. Asimismo, cuando el riesgo de ser perseguido por un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención el nexo causal también se establece. (ACNUR: 2002-párrafo 21) Según el enfoque bifurcado existirá relación causal: 1) donde exista un riesgo real de persecución por parte de un agente estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, sea que la omisión por parte del Estado de brindar protección a la solicitante esté relacionada o no con la Convención; o 2) cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no

estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.. “El ACNUR, recogiendo expresamente el enfoque bifurcado del nexo causal ha contribuido a facilitar el reconocimiento de la persecución por motivos de género” (Musalo, 2003:806).

“El futuro de la Tierra puede depender de la capacidad de las mujeres para identificar y desarrollar nuevas definiciones del poder y nuevos modelos de relación entre las diferencias. Las viejas definiciones no han sido beneficiosas para nosotras ni para la tierra que nos sustenta. Los viejos modelos, aun hábilmente retocados para imitar el progreso, siguen condenándonos a incurrir en una repetición camuflada de las relaciones de siempre, del sentimiento de culpa de siempre, del odio, la recriminación, los lamentos y la desconfianza” (Lorde. 1980:13).

3.2.4.b) Teoría de la modificación

Este sector considera que sólo mediante la inclusión de un sexto motivo en la CG51 “se puede asegurar que la definición de refugiada englobe el daño infligido específicamente contra las mujeres y que se reconozca ese daño como persecución, ya que los jueces no han logrado subsumir los casos de persecución por motivos de género dentro de los motivos previstos en la Convención de Ginebra” (Kennady, 1998:321). En la misma línea, Sheridan (1997: 433) afirma que “el único modo de garantizar la igualdad de género en las leyes de asilo es incluir legislativamente la persecución por motivo de género como un motivo para ser reconocida como refugiada”. Y Stevens (1993) sostiene que añadir el género dentro de la categoría del asilo es un imperativo moral y político, y que el riesgo de no nombrar lo que se hace a las mujeres como persecución por motivo de género conduce a su trivialización y perpetúa la invisibilidad.

También Merino se inclina a favor de introducir el género como un motivo autónomo dentro de la Convención de Ginebra ya que de este modo se facilita el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como persecución si bien añade que, mientras no se produzca una transformación sustancial del régimen de asilo, “basar las demandas en motivos políticos pueden entenderse como el razonamiento más adecuado para los procesos de determinación del estatuto bajo el régimen actual. Principalmente, porque consolida el carácter político del marco conceptual del género, y es suficiente para reconocer la protección en aquellas demandas en las que la

persecución es un acto de violencia de género y no concurre ningún otro motivo” (Merino, 2012: 207).

Algunas personas partidarias de esta postura afirman que existe un interés en no incluir el género como categoría autónoma en rango de igualdad a los otros cinco motivos previstos en la Convención de Ginebra ya que, quienes detentan el poder, tienen temor de que la línea de separación entre persecución por motivos de género y actos de violencia personal desaparezca, y que cualquier acto de violencia privada contra mujeres pueda servir de motivo para pedir asilo. Es en la esfera privada en la que se pretende tener dominadas a las mujeres, la cual contrasta con la esfera pública masculina.

Debería introducirse un sexto motivo, el género en la CG en rango de igualdad a los otros cinco ya previstos (Stevens, 1993). Aunque según Musalo (2005:11) “La falta de protección viene de la forma de interpretar y aplicar la Convención” es importante poner nombre a las experiencias femeninas, tal y como pone de manifiesto Mestre (2006:139) cuando afirma que “reconceptualizar y poner nombre son estrategias para subvertir la masculinidad del derecho porque permiten contar historias diferentes al incluir las perspectivas de las mujeres.”

Aunque esta incorporación tampoco es pacífica, el principal problema a la hora de encajar el género dentro del Derecho internacional de asilo y refugio es cómo es entendido el concepto de género por la legislación aplicable. El concepto de género es interpretado: como sinónimo de sexo, vinculado a la biología, implicando que el género es un hecho fijo y objetivo de una persona, o como contrapuesto al sexo, tal y como lo hace Rubin (1975) en su *sistema sexo/género* en donde el *género* se define como todo el conjunto de elementos socioculturales que, diseñados en un momento histórico concreto, se inscriben en el cuerpo *natural*, el sexo. Ambos modos de entender el género no capturan su naturaleza relacional, el rol de las relaciones de poder ni el modo en que las estructuras de subordinación se reproducen. De este modo “ se elimina la potencialidad analítica de la categoría género para reducirla a un mero eufemismo, políticamente más correcto. El problema es que de este modo se encubren [...] las relaciones de poder entre los sexos” (Tubert, 2003: 7-8). Estas interpretaciones conducen a perpetuar dualismos y a esencializar una determinada identidad femenina y otra masculina, lo que se traduce en generalizaciones sobre las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo, considerándolas un grupo homogéneo (Mohanty, 1984), sin tener en cuenta que las experiencias de persecución de las mujeres y el proceso de determinación de la condición de persona refugiada están moldeados por las diferencias de raza, clase, edad, orientación sexual, estatus socioeconómico, etc.

El segundo de los problemas de encaje del género dentro del Derecho internacional de asilo y refugio es la dicotomía público-privado que subyace en la base del Derecho internacional de protección del refugio y como ésta afecta a la conceptualización de “lo político”. La interpretación más común de “lo político”, relacionado principalmente con la esfera pública, es problemática porque no tiene en cuenta el contexto en el que la participación política o resistencia de las mujeres acontece. El criterio fundamentalmente seguido para reconocer a una persona como refugiada está centrado en la esfera pública dominada por los hombres, reconociéndose pocas actividades llevadas a cabo por las mujeres como políticas, y siendo el Derecho de asilo y refugio tradicionalmente considerado un derecho de protección de las personas disidentes políticas, por tanto, las mujeres en principio no encajan en la finalidad perseguida por este Derecho.

El tercer problema lo constituye las dificultades que las mujeres tienen para acceder al procedimiento de determinación de la condición de refugiada, son las dificultades derivadas de un sistema que perjudica que las mujeres puedan migrar para conseguir la protección de sus derechos y la aplicación de un procedimiento pensado para que sea solicitado por un varón y cómo ello puede traducirse en un menor reconocimiento de las mujeres como refugiadas.

Y el cuarto problema con el que nos encontramos es que a menudo falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionada con la situación y el trato de las personas mujeres o personas LGBTTIQ. Esto no debe automáticamente dar lugar a la conclusión de la solicitud carece de fundamento o que no existe persecución de personas LGBTTIQ en ese país. La medida en que las organizaciones internacionales y otros grupos puedan monitorear y documentar los abusos contra las personas LGBTTIQ sigue siendo limitada en muchos países. El aumento de activismo a menudo se ha visto confrontado con ataques a los defensores de los derechos humanos, que impiden su capacidad de documentar las violaciones. El estigma asociado a asuntos relacionados con la orientación sexual y/o identidad de género también contribuye a que los incidentes no sean denunciados. La información puede ser especialmente escasa para ciertos grupos, en particular las personas bisexuales, lesbianas, transgénero e intersexuales. Es de suma importancia evitar sacar automáticamente conclusiones sobre la base de información acerca de uno u otro grupo, sin embargo, puede servir como una indicación de la situación del solicitante en determinadas circunstancias.

Atendiendo a estas dificultades, una inclusión no puede venir sola, si no que estará asociada a una modificación de todos los supuestos necesarios para una inclusión real del motivo de género y orientación sexual. Así, se deberán ampliar los agentes de persecución para dar cabida a las persecuciones producidas en el ámbito privado, se tendrá que ampliar el ámbito de conocimiento

de las circunstancias del lugar de origen y se tendrá que producir una inclusión real mediante una interpretación amplia del término persecución, no solo un motivo más, si no, una inclusión en igualdad de condiciones al resto de motivos establecidos en la CG51, algo que en mi opinión conllevará una interpretación amplia y acorde al género del resto del texto convencional. Pues aplicando el modelo masculino de persecución como paradigma con su pretendida neutralidad tanto a hombres como a mujeres, no se tiene en cuenta las particularidades de las experiencias persecutorias de las mujeres. No tener en cuenta la experiencia de las mujeres supone someterlas a lo que Farrel (1998:17) denomina el “silencio jurídico-legal, el silencio como imposición injusta, el silencio como una forma de opresión. Este silencio está íntimamente ligado con la organización de nuestra sociedad, de sus actitudes desde y hacia ciertos miembros o grupos dentro de dicha sociedad. A menudo tiene una estricta relación con el poder. Nuestra sociedad es patriarcal y las relaciones de poder se configuran situando a las mujeres en una posición de inferioridad y subordinación respecto de los hombres y por este motivo son silenciadas en la legislación”.

“La pretensión de universalidad del derecho ha anulado la dualidad masculino-femenino, desoyendo y silenciando todo lo femenino y haciendo prevalecer todo planteamiento masculino como algo imparcial, objetivo y abstracto que es igualmente aplicable por ser supuestamente neutro tanto a hombres como a mujeres. Se ha impuesto el aparente silencio de género de las leyes, pero este silencio no es tal. El Estado y la ley, como forma particular de expresión del Estado, son masculinas: la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. El Estado, a través de la ley, institucionaliza el poder masculino sobre las mujeres institucionalizando en la ley el punto de vista masculino [...] En las sociedades de supremacía masculina, el punto de vista masculino domina en la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina el mundo, no parece en absoluto un punto de vista” (Mackinnon, 1995: 288, 300, 428).

“El orden patriarcal confunde, adrede y con pésimos resultados, persona con varón” (Amalia Valcárcel, 200: 158). “En tanto que las aspiraciones y necesidades de los hombres constituyen la norma, las de las mujeres aparecen como casos particulares o excepcionales” (Añón. 2001:21). Debe perseguirse una configuración jurídica de la igualdad que no se resuelva en la asimilación jurídica de las mujeres, que no tome como parámetro al sujeto masculino sino más bien que se considere la igualdad jurídica como la universalidad de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1999). Ello supone “repensar la dicotomía público/privado y sacar el ámbito privado al estudio público y elaborar una nueva relación entre estos dos ámbitos” (Mestre, 2006:72).

Para que la inclusión de un nuevo motivo mediante la modificación del texto internacional sea real, debe tenerse en cuenta la perspectiva de género en las cuestiones de procedimiento:

entrevistas realizadas por personal femenino, intérprete femenina, que se le establezca a las mujeres la oportunidad de pedir asilo por derecho propio si vienen acompañadas por familiares masculinos, que se las entreviste a solas (Hinshelwood, 1997). Se tiene que capacitar a las personas que intervienen en el proceso de determinación de la condición de refugiada mediante la realización de cursos de especialización, adoptar medidas de concienciación como un tipo de medida o política de acción afirmativa o positiva. que se disponga de información sobre el respeto de los derechos humanos y situación de las mujeres en sus países de origen. Cambio de método en el análisis del derecho que tenga en cuenta las experiencias vividas por las mujeres, sin esencializar las mismas, teniendo en cuenta que “ las identidades son múltiples y dinámicas y que confluyen diferentes tipos de opresión” (Mestre, 2006: 59). Se deberían exigir estadísticas disgregadas tanto por sexo y por motivo de persecución tanto en el número de peticiones de asilo presentadas como en relación al número de estatutos concedidos.

3.2.4.c) Teoría de la inclusión del género como determinado grupo social

“El impedimento a una protección adecuada no sólo ha sido la mayor exigencia de prueba, sino los problemas para determinar el rasgo constitutivo del grupo. Persiste el rechazo a considerar que lo sea el género, pero también se constatan riesgos si dicha identificación se basa entre otros en aunar género y origen étnico. Principalmente debido a que el régimen de asilo no solo se erige sobre presupuestos androcéntricos, sino que del mismo modo consolida una dicotomía entre protectores y víctimas de un modo etnocéntrico” (Merino, 2016:196). No podemos considerar el género como un “determinado grupo social” por que este exige que las características atribuidas o que el grupo tenga sean innatas e inmutables, algo que ni el género ni la identidad de género cumple, salvo excepciones. Por tanto, esta teoría la vamos a desechar por inapropiada atendiendo a nuestra forma de entender las nociones de género u orientación sexual.

3.3. Normativa internacional relevante en género

Una vez establecidas las posturas que encontramos en el ámbito internacional, pasamos a estudiar las disposiciones Europeas, sin olvidar que el preámbulo de la Ley 12/2009 establece que

es evidente que el título competencial habilitante que sirve de base a la presente Ley -artículo 149.1.2ª de la Constitución- contiene un reclamo implícito a la mencionada internacionalización, que, por lo demás, viene impuesta por nuestro texto constitucional no sólo en virtud del artículo 93 en lo atinente a la Unión Europea, sino de forma más amplia en los mandatos interpretativo y aplicativo establecidos, respectivamente, en el apartado uno del artículo 10 y el mismo apartado del 96. La propia normativa de la Unión Europea que es objeto de incorporación se ha hecho eco de estas nuevas tendencias: el bloque actual ya comunitarizado del «acervo Schengen» ha superado unas normas de alcance más limitado adoptadas en el marco de la anterior cooperación intergubernamental, lo que comporta una ostensible coherencia entre las acciones emprendidas por la Unión Europea y por el Consejo de Europa. Tal correlación es apreciable, precisamente, en las normas de la Unión Europea que ahora se incorporan, entre ellas en la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, del Derecho de reagrupación familiar, en donde se declara expresamente que «la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Con parecida “*ratio*”, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, 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, señala que «el Consejo Europeo, en su reunión especial de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, acordó trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, afirmando de esta manera el principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución» añadiendo, a renglón seguido, que «la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En especial, la presente Directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y el Derecho de asilo de los solicitantes de asilo y los miembros de su familia acompañantes».

En este apartado estudiaremos las principales normativas que regulan temas relacionados con el género en el ámbito internacional, como la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, lo

aprobado por ACNUR en temas relacionados con el género y la orientación sexual y los Principios de Yogyakarta.

Comenzamos este análisis de la normativa sobre género con La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷¹, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países, siendo ya en sus inicios de gran relevancia y trascendencia. Fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. La labor de la Comisión ha coadyuvado a poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre. Estos esfuerzos en pro del adelanto de la mujer han desembocado en varias declaraciones y convenciones, de las cuales la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es el documento fundamental y el más amplio, y ocupa un importante lugar por incorporar a la mujer en la esfera de los derechos humanos. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas. En este sentido, la Convención establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el acceso de estos derechos. La CEDAW supone un avance al reconocer la particular naturaleza de la discriminación que sufren las mujeres y que se produce en todas las esferas de la vida social, tanto pública como privada, y pese a que no sólo requiere igualdad de oportunidades sino que exige también igualdad de resultados que justifica la adopción de medidas positivas que protejan contra la discriminación indirecta, parte de la suposición de que hombres y mujeres son iguales aceptando la aplicabilidad de un estándar masculino y, por tanto, se basa en un concepto de igualdad muy limitado e ignora otros géneros posibles, así como otras realidades (Merino, 2012; Miguel, 2014). Una prueba de ello la encontramos en el modo en que consagra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su artículo 16 e) al establecer que hombres y mujeres tienen los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Parte de la igualdad formal entre hombres y mujeres, impidiéndose de este modo a las mujeres tomar la decisión final sobre el control sobre su cuerpo, si tener descendencia o no y cuándo. En materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a las mujeres como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarles de su potencial personal y someterlas a control, incluso al control penal (Ferrajoli, 1999).

⁷¹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

En la Recomendación General n° 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW (2010). Se establece que el término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. “El término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. Pese a que esa definición habla de *jerarquía*, no menciona el género como una cuestión de poder ni de dominio ya que dentro del mundo del derecho existe gran reticencia a aceptar cualquier planteamiento en términos de dominio y subordinación” (Barrère, 2008, Mestre, 2006 en Miguel, 2014:121). Utiliza el *sistema sexo/género* de Rubin que, pese a distinguir lo biológico de lo cultural, no supera la construcción binaria de los sexos, ni explica por qué se produce la sumisión de las mujeres, cómo funcionan las relaciones de poder que permiten mantener el *status quo* de subordinación de las mujeres (Scott, 1990). “Este modo de definir el género busca dar una respuesta en clave de igualdad y de diferencia a la diferencia sexual, como hace el feminismo liberal, presuponiendo que la diferencia existe, después es dotada de significado y, finalmente, se crean sistemas de dominio” (Mackinnon, 1995, Mestre, 2008 en Miguel, 2014:121). No concibe que las cuestiones de igualdad son cuestiones de poder y en qué medida el derecho participa de este poder y puede transformarlo o no. Se lucha contra la discriminación pero no contra la subordinación, y esta estrategia es un remedio inadecuado porque no resuelve el problema de fondo que es la opresión de las mujeres, y las medidas antidiscriminatorias no son suficientes ya que sólo sirven para proteger a las mujeres si son como los hombres. Este modo de definir el género no logra superar los dualismos ya que se fundamenta en una nueva dicotomía, la que opone sexo al género y tiende a esencializar las categorías masculino y femenino. La esencialización de la categoría “femenina” también se deduce del propio lenguaje utilizado en la CEDAW que hace referencia en todo momento a la “mujer”, lo que puede interpretarse como un modo de esencializar una supuesta identidad femenina en lugar de optar por la diversidad entre las mujeres y sus experiencias, tal y como se postula desde los feminismos críticos. Si bien es cierto que en documentos más recientes del Comité de la CEDAW se ha ido sustituyendo poco a poco el término “mujer” por el de “mujeres”.

Pese a que la CEDAW constituye el instrumento internacional más completo que trata sobre los derechos de las mujeres, existen algunos obstáculos que impiden su aplicación. Uno de estos problemas es el incumplimiento por parte de muchos Estados de su obligación de presentar

informes sobre todo tipo de medidas que se hayan adoptado para hacer efectiva la CEDAW, tal y como prevé el artículo 18, en el plazo de un año desde su entrada en vigor y, en lo sucesivo, cada cuatro años, o cuando el Comité lo solicite. El resultado es una gran cantidad de informes pendientes y una gran parte de informes incompletos o inadecuados. Para dotar de efectividad al mecanismo de presentación de informes, en sus Resoluciones 52/118 y 53/138, la Asamblea General de la ONU solicitó al Secretario General que compilara en un solo volumen las directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que debían presentar los Estados partes que hubieran publicado el CDH, el Comité del PIDESC, el Comité de la CEDAW, el Comité para la Eliminación de todo tipo de Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura. Fruto de dichas resoluciones, en 2007 se publicó la *Compilación de Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos*⁷². Además, el Comité de la CEDAW adoptó en 2008 directrices específicas para la presentación de informes que deben aplicarse en conjunción con las directrices armonizadas⁷³. Esta medida ha logrado un mayor grado de cumplimiento por parte de los Estados pero dicha obligación sigue incumpléndose. Ello puede ser debido a que las observaciones finales que hace el Comité a los informes de los Estados no son vinculantes. Así, no existe ninguna consecuencia jurídica negativa ni para los Estados que no presentan dichos informes ni para aquellos que, aún presentándolos, no cumplen con las observaciones finales que se les hace por parte del Comité.

El artículo 28 de la CEDAW admite la posibilidad de que los Estados realicen reservas a alguno o algunos artículos de la Convención, sin embargo, también establece que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención”. Existe tolerancia por parte de la comunidad internacional frente a la posibilidad de hacer reservas dudosamente compatibles con el objeto de la misma.

Por otro lado, en junio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, operativa desde enero de 2011 y con sede en Nueva York. Fusiona y seguirá el importante trabajo de cuatro componentes del sistema de la ONU, con el fin de centrarse exclusivamente en la igualdad y el empoderamiento de las mujeres: División para el Adelanto de la Mujer (DAW); Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW); Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género (OSAGI) y el Fondo de

⁷² HRI/GEN/2/Rev.4, 21 de mayo de 2007.

⁷³ E/CN.6/2008/CRP.1, de 11 de febrero de 2008.

Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM). Existe una preocupación dentro del Derecho internacional de los derechos humanos por dar una respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Así lo demuestra la proliferación de estándares de derechos humanos en el ámbito internacional en los últimos sesenta años. También existe abundante jurisprudencia⁷⁴ dictada por organismos internacionales de derechos humanos que se han ocupado de resolver cuestiones de importancia para las mujeres.

La prohibición de discriminación por razón de sexo en el PIDCP está consagrada en los artículos 2.1⁷⁵,³⁷⁶ y 26⁷⁷. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos está prevista en su artículo 14⁷⁸. Este artículo 14, al igual que los artículos 2 y 3 del PIDCP, sólo garantiza el derecho a la no discriminación en relación con otros derechos consagrados en el CEDH o en el Pacto. El artículo 14 del CEDH no crea un derecho adicional a no ser discriminado, sino un principio aplicable cuando se exponen violaciones de otros derechos que son competencia del TEDH. Es un principio que tiene carácter accesorio. Por ello, este artículo deberá siempre ser invocado junto con otro/s artículo/s de la CEDH o de sus protocolos adicionales. Sin embargo, el artículo 26 de PIDCP garantiza un derecho a la no discriminación autónoma. Dentro del ámbito del Consejo de Europa (TEDH), este derecho autónomo a no ser discriminado, que puede ser alegado con independencia de la violación de otros derechos, no existía hasta el año 2005 en que se aprobó el Protocolo N°12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Prohibición General de la

⁷⁴ A modo de ejemplo...Willis c. Reino Unido (1997) N° 36042/97, Sentencia de 11 de junio de 2002. Bruggemann y Scheuten c. Alemania N° 6959/75 Decisión de 19 de mayo de 1976. X c. Reino Unido (1980). Paton c. Reino Unido (1980) N° 8416/78 Decisión de 13 de mayo de 1980. Boso c. Italia (2002) N° 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002. Tysiac c. Polonia N° 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007. A. B. y C. c. Irlanda (2010) N° 25579/05, Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Evans c. Reino Unido (2007) N° 6339/05, Sentencia de 10 de abril de 2007. Dickson y Dickson c. Reino Unido (2007) N° 44362/04 Sentencia de 4 de diciembre de 2007. A.S. c. Hungría(2004) Comunicación N°4/2004, 12 de febrero de 2004. X e Y c. Holanda (1985) N° 8978/80 Sentencia de 26 de marzo de 1985. Selmouni c. Francia N° 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999. M.C. c. Bulgaria (2004) N° 39272/98 Sentencia de 4 de diciembre de 2004.

⁷⁵ Artículo 2.1: *Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

⁷⁶ Artículo 3: *Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enumerados en el presente Pacto.*

⁷⁷ Artículo 26: *Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

⁷⁸ Artículo 14: *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

Discriminación. Donde se establece que “La prohibición general de discriminación: 1 El disfrute de cualquier derecho establecido por la ley ha de ser asegurado sin distinción alguna por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra. 2. Nadie podrá ser discriminado por ninguna autoridad pública en determinados motivos, como los mencionados en el apartado 1”. A partir de la entrada en vigor de este protocolo, este derecho será directamente invocable independientemente de que se violen o no otros derechos del Convenio frente a aquellos Estados que lo hayan ratificado. Tanto en el PIDPC como en el CEDH, el sexo se constituye como uno de los motivos discriminatorios, por lo que la discriminación por razón de sexo no es un principio distinto del principio general de no discriminación.

Entre 1992 y 1994 se promulgaron importantes documentos que suponen un gran avance para reconocer la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos: en la Recomendación N° 19 sobre violencia contra la mujer del Comité de la CEDAW (1992), la Declaración para la Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer (1993) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994). La CEDAW no aborda de modo expreso el tema de la violencia de género, pero sí lo hizo su Comité en la Recomendación General N° 19 sobre violencia contra la mujer de 1992. En dicha Resolución, primero define la violencia contra la mujer como la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimiento de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. Posteriormente establece que: 1. La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, y 2. que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la CEDAW incluye la violencia contra las mujeres. Además aborda las intersecciones entre la violencia contra las mujeres con diferentes áreas cubiertas por el artículo de la CEDAW. Un año más tarde se promulga la DEVAW que es el primer instrumento internacional que expresa el consenso internacional respecto a las obligaciones positivas que tienen los Estados de prevenir la violencia contra las mujeres y resarcir el daño causado. Tanto la Recomendación General N°19 como la DEVAW admiten que la violencia contra las mujeres se produce tanto en el ámbito público como privado, que puede llevarse a cabo tanto por agentes estatales como no estatales y que el Estado es responsable de este tipo de violencia cuando sea ejercida por un agente no estatal y no se adopte la diligencia debida tomando las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer. El estándar de diligencia debida exigido por toda la jurisprudencia

del Convenio de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue incorporado de este modo expresamente en estos documentos (Miguel, 2014).

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW por sus siglas en inglés) fue aprobada sin votación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. En el artículo número 1 se puede leer que a los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sociológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. En el artículo segundo, encontramos un listado de actos, no exhaustivo, que abarcan lo que se considera violencia contra la mujer. Donde el apartado c) señala la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Según Barrère (2008), la DEVAW sienta las bases para una necesaria reflexión sobre la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. Por un lado, tiene un alto contenido político, en tanto que vincula la violencia contra las mujeres con las relaciones de poder o dominio-subordinación; pero por otro lado, la discriminación se relaciona confusamente con la dominación y la subordinación, tal vez porque los planteamientos en términos de dominio-subordinación resultan ajenos o incómodos a la cultura jurídica (Barrère en Miguel, 2014). Respecto a la transversalidad del género en el ámbito internacional, nos dice Miguel (2014) que se puede decir que se incorpora definitivamente en la agenda política internacional en 1995 mediante la Plataforma de Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial celebrada en Beijing, cuando la comunidad internacional asumió el compromiso de lograr la igualdad entre hombres y mujeres e invitó a los Estados a integrar la perspectiva de género en todos los programas y acciones (Mestre, 2008). Esto no quiere decir que se halla producido ningún intento por entender cómo los estereotipos basados en el sexo y los roles de género pueden afectar a un derecho humano en particular.

La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la 16ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995. Consagrada para promover los derechos de la mujer⁷⁹, la Plataforma de Acción imaginó la igualdad de género en muchas dimensiones de la vida, pero ningún país ha logrado completar ese programa. Como prueba de la ineficacia de esta definición muchos organismos internacionales generales han entendido la transversalización simplemente

⁷⁹ Esferas de especial preocupación: la mujer y el medio ambiente, la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones, la niña, la mujer y la economía, la mujer y la pobreza, la violencia contra la mujer, los derechos humanos de la mujer, educación y capacitación de la mujer, mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer, la mujer y la salud, la mujer y los medios de difusión y la mujer y los conflictos armados.

como prestar atención al número de mujeres que participan en la esfera pública, desagregar datos estadísticos por sexo o tener en cuenta que el lenguaje sea inclusivo, emitiendo informes que suelen ser breves, y en los que se alude a afirmaciones generales sin ningún tipo de análisis en relación con el género, es decir, sin cuestionarse el impacto del género en el disfrute de los derechos humanos (Charlesworth, 2004). La CEDAW y la Plataforma de Acción de Beijing, están estrechamente relacionadas. La Plataforma de Acción y la Declaración de Beijing, constituye un programa para la potenciación del papel de las mujeres. En esta Plataforma se definían un conjunto de objetivos estratégicos y las medidas que debían adoptar los gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado para eliminar los obstáculos que entorpecían el adelanto de la mujer. Actualmente muchos de estos obstáculos continúan vigentes. Los derechos reconocidos en la Convención y las disposiciones contenidas en la Plataforma de Acción y su proceso de vigilancia posibilita que el Comité de la CEDAW pueda velar tanto por el cumplimiento de la Plataforma de Acción como de la CEDAW.

El compromiso de la Plataforma de Beijing con la transversalización del enfoque de género fue posteriormente asumido por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer⁸⁰ (CSW) y por el ECOSOC⁸¹.

Estas acepciones tan limitadas del género permiten que algunos problemas que sufren las mujeres sean entendidos como el producto de una cultura o tradición particular, e invisibiliza el modo en que el género moldea el mundo. Requiere a las mujeres que cambien pero no a los hombres, dejando intactos, sin cuestionar los roles e identidades masculinas como si fueran naturales e inmutables. Pues la mera enunciación no tiene en cuenta que éstos términos se cruzan e interrelacionan. Al analizar los diferentes sistemas de exclusión, hay que tener en cuenta que no puede realizarse un análisis yuxtapuesto de distintos sistemas de exclusión (Mestre, 2006; Mohanty, 2003; Merino, 2012; Miguel, 2014). Pues estos están entrelazados por lo que hemos denominado sistema de dominación y subordinación.

Si nos centramos un poco más en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para las personas refugiadas (ACNUR) y el género. Su ámbito de competencia se extenderá a lo regulado en

⁸⁰ Es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Se trata de una comisión orgánica dependiente del Consejo Económico y Social, creado en virtud de la resolución 11(II) del Consejo, de 21 de junio de 1946.

⁸¹ El ECOSOC lo definió en 1997 como el proceso de valorar las *implicaciones para hombres y mujeres de cualquier acción, incluidas legislación, políticas y programas, en todas las áreas y a todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que los intereses y experiencias, tanto de hombres como de mujeres, se tengan en cuenta en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de políticas y programas en las esferas políticas, económicas y sociales para conseguir la igualdad de género.* Charlesworth (2004) sostiene que esta noción es, por un lado, demasiado amplia y, por otro, demasiado limitada y se ha convertido en un término vacío de contenido.

los párrafos 6A(ii) y 6B, a saber, tendrá competencias sobre aquellas personas consideradas como refugiadas por los tratados y arreglos vigentes al momento de adopción del Estatuto o prestar su protección internacional a los refugiados, a quienes se denomina genéricamente “*mandate refugees*” o refugiados bajo su mandato de protección. Esta protección se concede a las personas que reúnen las condiciones contempladas en el Estatuto del ACNUR, las cuales no tienen por qué ser necesariamente de un Estado firmante de la CG51 y el PNY67. El ACNUR fue concebido originariamente como un organismo humanitario, social y apolítico para facilitar una solución al problema de las personas refugiadas en la Europa de la posguerra. Se le otorgó un mandato temporal de tres años que, ante la persistencia del problema del refugio, ha sido prorrogado por la Asamblea General por periodos sucesivos de cinco años, sin que se le haya concedido aún un mandato de carácter permanente. Su función principal es la promoción del desarrollo y supervisar la aplicación de las normas jurídicas que definen el estatus de los refugiados a nivel mundial. La frecuencia con la que se han producido conflictos a gran escala, junto con consideraciones de índole política y humanitaria, han requerido que el ACNUR fuera ampliando progresivamente su mandato de facto, atendiendo a las necesidades. El problema reside en la falta de financiación, pues no tiene recursos propios de carácter operativo.

En el caso del Estado español, en el Preámbulo de la Ley 12/2009 sobre el ACNUR se establece una mención específica y se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento. A estos efectos se le dedica un capítulo entero, a saber, el Capítulo IV “Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)”.

Todas estas directrices que enumeramos en el Anexo III, establecidas por ACNUR en la materia de género y orientación sexual, constituyen *soft law* ya que no son vinculantes pero son de gran importancia para interpretar la Convención de Ginebra y son o deberían ser utilizadas por los tribunales y demás operadores jurídicos encargados de resolver las peticiones de asilo. La construcción del concepto de mujeres refugiadas utilizado por el ACNUR desde 1985, cuando publica su primera conclusión sobre mujeres refugiadas, es como víctimas, físicamente vulnerables, como objeto sexual, particularmente si no son parte de una unidad familiar. Se ha construido el concepto de mujeres refugiadas de conformidad con la concepción patriarcal de la familia con un hombre como cabeza de la misma (Miguel, 2014), “el término 'víctima' impone a la mujer una imagen de vulnerabilidad y debilidad que perpetúa su estatus de subordinación” (Meyersfeld, 2003:380). En un documento de Naciones Unidas denominado Nacidos libres e iguales⁸² se

⁸² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Nacidos Libres e Iguales*.

establecen unas recomendaciones entre las que se incluye “Proteger a las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica. Incluir la orientación sexual y la identidad de género como características protegidas en las leyes sobre delitos motivados por prejuicios. Establecer sistemas eficaces para registrar los actos de violencia y motivados por prejuicios e informar sobre ellos. Asegurar una investigación y enjuiciamiento de los autores y dar una reparación a las víctimas de ese tipo de violencia. En las leyes y políticas de asilo se debe reconocer que la persecución por la orientación sexual o identidad de género puede constituir un fundamento válido de la solicitud.

A la hora de determinar los antecedentes del motivo de género y orientación sexual, dice ACNUR que, históricamente, la definición de refugiado ha sido interpretada a la luz de la experiencia masculina, lo cual ha significado que muchas de las solicitudes presentadas por mujeres y homosexuales hayan pasado inadvertidas. Sin embargo, en la última década, el análisis y el concepto de género y sexo dentro del contexto de los refugiados han avanzado sustancialmente en la jurisprudencia, la práctica de los Estados en general y la doctrina. Dice el ACNUR que aunque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de este trato. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Cuando ACNUR en el documento Directrices sobre protección internacional, la persecución por motivo de género, nos habla del temor fundado de persecución. Dice que Las circunstancias particulares de cada individuo determinan cuándo se puede hablar de un temor fundado de persecución. Si bien hombres y mujeres podrían padecer el mismo tipo de daños, también existe la posibilidad de que sufran formas de persecución específicas de su sexo. El Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional reconocen claramente que ciertos actos, como la violencia sexual, incumplen con estos estándares, y defienden su inclusión como forma grave de abuso equivalente a persecución. [...] No cabe duda de que la violación y otras formas de violencia de género, tales como la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica y la trata de personas, constituyen actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico, y que han sido utilizadas como mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o particulares.

Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género por su parte, fueron adoptados en 2006 por un grupo de expertos en derechos humanos y, aunque no son

Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. Nueva York-Ginebra, 2012.

vinculantes, reflejan principios bien establecidos del Derecho internacional. Especifican el marco de protección de los derechos humanos aplicables en el contexto de la orientación sexual y/o identidad de género. El principio 23 describe el derecho a solicitar y obtener asilo contra la persecución relacionada con la orientación sexual y/o identidad de género de la siguiente manera, “en caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución, o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género”. Los conceptos de orientación sexual e identidad de género se describen en los Principios de Yogyakarta refiriéndose a la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. La identidad de género se refiere a: “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo ... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

La orientación sexual y la identidad de género son conceptos amplios que crean espacio para la auto-identificación. La mayoría de las personas experimentan poco o ningún sentido de elección acerca de su orientación sexual. Mientras que para la mayoría de la gente la orientación sexual o identidad de género se determinan a una edad temprana, para otros puede seguir evolucionando a través de la vida. Diferentes personas se dan cuenta en diferentes puntos de su vida que son LGBTTIQ y sus expresiones sexuales y de género pueden variar con la edad, y otros factores sociales y culturales.

3.4. Normativa de la Unión Europea

En plena construcción del “Sistema Europeo Común de Asilo”, sorprende la gran disparidad existente tanto en el tratamiento formal de la protección internacional como en los criterios utilizados para su determinación. España, Alemania e Irlanda hacen mención expresa en sus leyes de asilo con objeto de dar cobijo a las demandas por motivos de género, opción que suele

ser imprecisa, pero tiene carácter vinculante. Otros Estados, como Holanda, Reino Unido y Suecia han adoptado directrices técnicas con objeto de orientar el trabajo de determinación de los operadores jurídicos, disposiciones no vinculantes y cuya virtualidad práctica habrá que ir comprobando. Entre los países que no han incorporado el “género” como motivo por el que se puede solicitar asilo, Alemania e Irlanda lo suelen ligar a la interpretación del concepto de “determinado grupo social”, en consecuencia, España es el único país europeo que ha procedido a incorporar un sexto motivo entre las causas convencionales por las cuales se puede alegar persecución, de forma independiente al grupo social determinado, en cuyo seno se albergan este tipo de demandas en la mayor parte del mundo. Sin obviar las evidentes ventajas de la expresada mención con objeto de disponer de una obligación jurídica claramente delimitada, que a la postre animará a presentar un mayor número de demandas en este sentido, no obstante, la exclusión artificial del género masculino hará difícil entender que en circunstancias similares, las demandas presentadas por mujeres se resuelvan en relación al “género” y las de sus compatriotas masculinos por referencia a un “determinado grupo social”.

En España, los esfuerzos gubernamentales en esta materia no deben olvidar la imprescindible formación de los operadores jurídicos, administración y poder judicial, especialmente a la vista de la pobreza argumentativa, parquedad expositiva y ausencia de una línea coherente en la jurisprudencia española en materia de solicitudes de asilo por motivos de género. En el Estado español encontramos como regulación nacional principal y de base la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y la protección subsidiaria. Esta incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/83/CE, de Reconocimiento, 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 personas refugiadas o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, la cual ha sido modificada por la Directiva 2011/95/EU, la Directiva 2005/85/CE, por la que se establecían las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de persona refugiada, 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.

En junio de 2013, la Unión Europea aprobó un nuevo paquete de medidas, denominado el 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, a través de las normas de transposición, 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.

Así, partiendo de la base de que el principal objetivo de la Unión Europea es frenar la llegada de personas refugiadas y migrantes, para lograrlo ha elegido como socio preferente a Turquía, que, como contraprestación, recibirá 6.000 millones de euros, la liberalización de los visados para sus ciudadanos y la reapertura de las negociaciones para su futura adhesión a la UE.

3.4.1. Convención Europea de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, denominada Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor en 1953 y fue publicado en España el 10 de octubre de 1979. Es de aplicación a todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado miembro, incluso cuando este ejerce su control en alta mar. Está inspirada expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

3.4.1.a) Definición

Su objetivo principal es proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros y cuenta con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que hablaremos en seguida. El Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales ha sido modificado varias veces y ha contado con diversas adhesiones a lo largo de los años y su evolución. La Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al Convenio, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007. En el artículo 14 encontramos la prohibición de discriminación, cuando establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Aunque, por ejemplo también encontramos que cuando en el

artículo 12 se refiere al derecho a contraer matrimonio establece que a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

El Convenio creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de proteger a las personas de las violaciones de los derechos humanos. Así, como veremos posteriormente cuando hablemos específicamente de este tribunal, cualquier persona cuyos derechos hayan sido violados en virtud del Convenio por un Estado parte puede presentar su caso ante el Tribunal. Esta es una característica innovadora que estableció derechos individuales en la esfera internacional. Los estados parte, aquellos que han ratificado el Convenio, deben garantizar los derechos fundamentales, civiles y políticos que reconocen a sus nacionales y también a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. El TEDH es competente para decidir sobre la vulneración del Convenio y sus sentencias son obligatorias para el estado condenado, que debe, por tanto, ejecutarlas.

La Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE) reúne todos los derechos fundamentales aplicables en la Unión Europea, es más amplia que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en ella se establecen los principios éticos y los derechos de la ciudadanía y residentes de la Unión relacionados con la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Es la normativa contra la discriminación más relevante en la Unión Europea, en ella se recoge la interdicción por razón de orientación sexual. La Carta posee igual valor jurídico que los Tratados, fue solemnemente proclamada con ocasión de la cumbre de Niza de diciembre de 2000, pero fue el Tratado de Lisboa, el que le otorgó igual validez que a los Tratados de la Unión. Solamente es de aplicación cuando las instituciones y los Estados miembros aplican la legislación de la Unión Europea, y no amplía las competencias de la UE más allá de lo dispuesto en los Tratados. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se creó con el objeto de proporcionar a las instituciones y países de la UE asesoramiento y ayuda en el ámbito de los derechos fundamentales.

En la Unión Europea se continúa con la promoción de la igualdad, como muestra la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, en la cual se insta a los Estados a promover las medidas necesarias para lograr la plena igualdad para homosexuales y transexuales.

Pero, si la lucha contra la discriminación es un fenómeno reciente, aún lo es más la dimensión familiar del fenómeno, iniciándose primero la posibilidad de reconocer uniones civiles

para las parejas homosexuales y después, ya en el siglo XXI la posibilidad de contraer matrimonio. A los problemas médicos se suma que desde un punto de vista legal, no existe acuerdo sobre el momento o las condiciones para reconocer jurídicamente a una persona como transexual, con los problemas que ello conlleva al estar directamente relacionada la identidad sexual con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En Europa, los problemas jurídicos de las personas transexuales comienzan a plantearse en los años 70 y va evolucionando con la sociedad y la ciencia. Será en los años noventa cuando la cuestión alcance mayor visibilidad, en parte por la llegada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de asuntos que afectan a diversos derechos y que obligarán a este tribunal a una toma de postura que tendrá sus correspondientes repercusiones en los Estados, no solamente en los Estados demandados, sino en todos los Estados sometidos al TEDH, por el carácter interpretativo de sus resoluciones, y ante el hecho de que hasta entonces se ofrecía una significativa disparidad legislativa entre Estados.

El diferente grado de protección en los diferentes ordenamientos jurídicos llevó a que dos instancias regionales, el Parlamento Europeo mediante una resolución adoptada el 12 de septiembre de 1989 y poco después la Asamblea consultiva del Consejo de Europa aprobó la recomendación 1117 de 29 de septiembre de 1989. En la primera de ellas se invitaba a los Estados miembros a desarrollar una legislación que reconociera el derecho de los transexuales a cambiar de sexo mediante tratamientos endocrinos, cirugía plástica y tratamientos estéticos, estableciendo los procedimientos adecuados e impidiendo toda discriminación en contra de las personas transexuales, garantizando, especialmente, un reconocimiento jurídico: cambio de nombre, rectificación de la mención del sexo en la partida de nacimiento y en los documentos de identidad. La recomendación de la Asamblea parlamentaria contiene demandas similares. En ambos casos sus decisiones mostraban claramente que para una amplia mayoría de la opinión pública los transexuales habían de gozar del derecho a obtener el pleno reconocimiento de su nueva identidad sexual en el terreno jurídico. Otras resoluciones posteriores de carácter más general como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2010 o la Resolución de 28 de septiembre de 2011 del Parlamento Europeo, en la que, con respecto a los transexuales, insta a los Estados a una simplificación en la tramitación del cambio de identidad y la cobertura médica por parte de la seguridad social y, así mismo, solicita que la transexualidad deje de estar incluida entre los trastornos mentales y del comportamiento en los listados de la OMS y sea recalificada como trastorno no patológico, pero muchos de estos pasos aún no se han logrado.

3.4.1.b) Jurisprudencia relevante en el ámbito europeo

En este punto vamos a mencionar sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relevantes para el Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual, o para el motivo de género y el de orientación sexual pero que podemos extrapolar al Derecho de asilo.

Vamos a comenzar con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos :

Chahal contra Reino Unido, nº 22414/93 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (15 de noviembre de 1996), establece en los Fundamentos de Derecho que, en relación con la violación del artículo 3, el Tribunal comienza recordando que, según su propia jurisprudencia, los Estados parte en el Convenio tienen el derecho a controlar la entrada, la permanencia y la salida de los no nacionales en su territorio. En este sentido, ni el Convenio Europeo ni ninguno de sus Protocolos protegen el Derecho de asilo. No obstante, una medida de expulsión de una persona extranjera decretada por un Estado parte en el Convenio puede constituir una vulneración del artículo 3 y, en consecuencia, comprometer la responsabilidad del Estado en caso de que existan motivos considerables para creer que el interesado corre el riesgo real de ser sometido a un trato contrario a dicho artículo, en caso de ser devuelto a un determinado país. Siendo así, las obligaciones derivadas del mencionado precepto obligan al Estado a no expulsar a la persona en cuestión hacia ese país. La protección asegurada por el artículo 3 del Convenio es, por tanto, de mayor alcance que la prevista por los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Atendiendo al artículo 5 del CEDH, el Tribunal comienza afirmando que no hay ningún motivo para negar que el señor Chahal está detenido en el marco de “un procedimiento de expulsión” en el sentido del artículo 5.1.f) del Convenio. Dicha disposición exige solamente que dicho procedimiento de expulsión esté en curso. Sólo el desarrollo del procedimiento de expulsión justifica la privación de libertad fundada en esta disposición. Si el procedimiento no se ejecuta con la diligencia debida, la detención deja de estar justificada sobre la base de este artículo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *F c. Reino Unido*. Recurso número 17341/2003 de 22 de junio de 2004, rechazó la admisión de un recurso contra la denegación de asilo fundamentado en la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho a la vida privada y familiar. A pesar de que este mismo Tribunal había reconocido previamente en otras sentencias como *Dudgeon c. Reino Unido* que las disposiciones penales de Reino Unido que criminalizaban la homosexualidad vulneraban el derecho a la vida privada y

familiar, entendiendo que la devolución de una persona LGB a un país donde se criminalizan actos homosexuales no suponía una vulneración del derecho a la vida privada y familiar. Así, 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; tomó la postura de que la expulsión de una persona LGB a un país que criminaliza el contacto sexual entre personas del mismo sexo no infringe el articulado del CEDH. El Tribunal estableció que “A nivel puramente pragmático, no se puede requerir a un Estado contratante que simplemente se limite a retornar un extranjero a un país que esté en total y efectivo proceso de aplicación de los derechos y libertades estipulados por la Convención”.

Respecto a la transexualidad el TEDH se ha encargado de señalar (en buena medida para justificar cambios en su doctrina), que han sido los cambios sociales, seguidos de cambios legislativos en diferentes Estados integrantes del Consejo de Europa los que han propiciado un cambio jurisprudencial más favorable al reconocimiento de los derechos de los transexuales, a estos cambios no han sido ajenos los avances médicos que han permitido una equiparación de las personas transexuales con las personas del sexo adquirido y que han permitido realizar los exámenes pertinentes para comprobar la seriedad del cambio que desea efectuarse. Al abordar estas cuestiones, el TEDH se ha planteado las causas del transexualismo, en particular, sobre si sus orígenes son enteramente psicológicos o si se vinculan a algún tipo de diferenciación en el cerebro, sin que se haya llegado a ninguna conclusión determinante. El TEDH asume que la transexualidad constituye un estado médico justificativo de un tratamiento destinado a ayudar a las personas afectadas. En el asunto *I. c. Reino Unido* destacaba la consideración de que el hecho de sufrir las numerosas y penosas intervenciones que entrañan la cirugía pertinente y el grado de determinación y de convicción requerido para cambiar de rol sexual en la sociedad, no permite creer que exista arbitrariedad o irreflexión en la decisión de una persona de sufrir una conversión sexual, asunto *I. c. Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002. Merece resaltar así mismo, la importancia que el TEDH otorga a los peritajes y criterios médicos a la hora de enjuiciar la pertinencia de los tratamientos y operaciones destinados a lograr una plena identidad sexual, como ha puesto de manifiesto en los asuntos *Van Kück c. Alemania* S. de 12 de septiembre de 2009. En este asunto encontramos un voto particular, donde el juez Ress recuerda que en virtud del Derecho constitucional alemán, los derechos fundamentales gozan de eficacia directa en las relaciones entre particulares y que igual sucede con respecto a los derechos reconocidos en el Convenio, debiendo los Estados poner los medios necesarios para asegurar esa protección o *Schlumpf c. Suiza*, Sentencia

de 8 de enero de 2009. La jurisprudencia del TEDH, por otra parte, es una buena muestra de la variedad de situaciones que afectan a la transexualidad, tanto desde el punto de vista personal como de los derechos que estiman vulnerados, y del diferente tratamiento que ofrecen los ordenamientos nacionales. De este modo, a la hora de abordar vulneraciones de derechos de personas transexuales, varios han sido los derechos del CEDH invocados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género⁸³. Han sido variados los motivos que han dado lugar a pronunciamientos por parte del TEDH en relación con diferentes derechos recogidos en el Convenio. El art. 14 CEDH inicialmente recogía la discriminación sólo en relación con la vulneración de otros derechos recogidos en el Convenio y no de manera independiente. Con la aprobación del Protocolo número 12 y su entrada en vigor en 2005 se admite ya la alegación en exclusiva de la discriminación, siempre que el Estado correspondiente haya ratificado dicho Protocolo.

Una mención especial merecen los asuntos planteados en torno a la adopción por parejas homosexuales, el TEDH ha rechazado la vulneración del Convenio en algún supuesto de discriminación por razón de orientación sexual⁸⁴. Este tipo de casos deja en evidencia también la falta de acuerdo en torno a la equiparación de derecho a la adopción por parte de parejas homosexuales a pesar de que existe una evolución tendente a una defensa cada vez mayor de los derechos de las personas LGTBI.

⁸³ Art. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), asunto *X c. Turquía*; con respecto al art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), *Dudgeon c. el Reino Unido*, *R.H. c. Austria y Norris c. Irlanda*, *Modinos c. Chipre*²⁰ (todos ellos por penalización de comisión de actos sexuales consentidos entre adultos), *L. y V. c. Austria* (diferencia de en la edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales), *Karner v. Austria* (derecho a seguir en el que había sido el domicilio común tras el fallecimiento de la pareja), *Salguero da Silva Mouta c. Portugal* (derechos parentales), *Smith y Grady c. Reino Unido*, *Perkins y R. v. Reino Unido y Beck, Copp y Bazeley c. el Reino Unido* (expulsiones de la Fuerzas Armadas provocadas por la condición de homosexual), *E.B. c. Francia* (adopción por parte de homosexuales). Arts. 11 y 13 CEDH (Derecho de reunión y a un recurso efectivo), *Bączkowski y otros c. Polonia* (prohibición de celebración de manifestación para reivindicar la no discriminación contra diversas minorías), *Alexeiev c. Rusia* (detención con ocasión de la celebración de una marcha del orgullo gay). Art. 1 del Protocolo adicional (derecho a la propiedad privada), *Grant c. Reino Unido*; *Kozak c. Polonia* (discriminación en derechos sucesorios) o *P.B. y J.S. c. Austria (cobro de seguro de accidentes)*.

⁸⁴ Por ejemplo, en el asunto *Fretté c. Francia* (26 febrero 2002), en relación con el intento de adopción de un niño por un homosexual (aunque si se condena por vulneración del art. 6 CEDH), mostrando la especial controversia existente en estos asuntos. En el asunto *E.B. c. Francia*, el TEDH se pronuncia a favor de un acceso igual a la adopción simple por toda persona, con independencia de su orientación sexual. Sin embargo en los asuntos *Gas y Dubois c. Francia* o *X y otros c. Austria* (15 marzo 2012 y 19 febrero 2013, respectivamente) ha desestimado la alegada vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 (derecho a una vida privada y familiar) porque la prohibición de adopción para la pareja de dos personas que no hubieran contraído matrimonio afectaba por igual a parejas homosexuales y heterosexuales, a pesar de la diferencia existente por la imposibilidad de contraer matrimonio para las parejas homosexuales en los países afectados.

Con respecto a la doctrina del TEDH en lo relativo al matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo estima que no existe una obligación de reconocimiento del matrimonio para parejas homosexuales, sino que lo deja a la apreciación de los legisladores estatales, aludiendo a la disparidad de regulaciones en los diferentes países miembros, es práctica habitual del TEDH permitir un margen de apreciación a los Estados en supuestos controvertidos, mientras que una vez que se llega a un consenso más o menos generalizado el TEDH asume la protección del derecho o vertiente del derecho controvertido, como sucediera con algunos derechos de las personas transexuales. Como expone en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*, sentencia de 24 junio 2010, en la que se pronuncia sobre los efectos del partenariado. Este asunto resulta reseñable por otro motivo: a partir de él, el TEDH admite no solo que una pareja homosexual goza del derecho a la “vida privada” como había apreciado hasta entonces, sino también que gozan del derecho a la “vida familiar”, lo cual supone un salto cualitativo significativo, pues supera la concepción individualista para asumir el pleno reconocimiento de la vida en pareja de personas homosexuales y de los derechos que de ese reconocimiento puedan derivarse (si bien las consecuencias que extrae por el momento sean limitadas y permita un margen de apreciación al Estado).

En la Unión Europea merece la pena destacar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, al recoger el derecho al matrimonio y a fundar una familia lo hace sin recurrir a la tradicional referencia al hombre y a la mujer (art. 9 de la Carta) se añade, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, lo cual supone un apoyo a la hora de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales o a los transexuales (en particular en los casos en los que no hayan culminado su transformación). Esa apertura ha hecho que la Carta haya sido invocada tanto por el TEDH como los tribunales nacionales a la hora de defender las uniones entre personas del mismo sexo.

En otros supuestos, el motivo invocado fue el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH, solo o conjuntamente con el derecho a una vida privada y familiar, art. 8 CEDH), cuestionándose en estos casos si el rechazo de que una persona transexual operada se casara con una persona opuesta a su nuevo sexo suponía vulneración del precepto citado. En las primeras sentencias sobre la cuestión –como en los asuntos *Rees*, asunto de octubre de 1986 y *Cossey*, Sentencia de 27 de septiembre de 1990, el Tribunal entendió que la vinculación a un concepto tradicional de matrimonio permitía que el Estado defensor continuara aplicando un concepto de matrimonio vinculando a criterios biológicos en lo que se refiere a la determinación del sexo de una persona a esos efectos, pues estimaba que el art. 12 (contraer matrimonio) del CEDH garantiza el derecho al matrimonio entendido como el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto, sobre la base de que el objetivo perseguido consiste esencialmente en proteger el

matrimonio en tanto que fundamento de la familia, concluyendo que correspondía a los Estados la regulación de esta institución.

El TEDH cambió su doctrina en el año 2002, con el asunto *Christine Goodwin v. Reino Unido e I. v. Reino Unido*⁸⁵, donde el TEDH entiende que el Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo incumple si permite a una persona someterse a una operación de cambio de sexo pero luego le impide cambiar en el registro civil los datos relativos a su sexo y le niega la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo a aquel con el que la persona transexual nació. La negativa del Estado a proceder al cambio de datos oficiales supondría, por un lado, una intromisión desproporcionada en el disfrute de las personas transexuales a su derecho a la vida privada. Por otro lado, que el Estado prohibiera a la persona transexual casarse con personas de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo aparente supondría, en definitiva, negarles sin más el derecho a contraer matrimonio protegido por el artículo 12 del CEDH (“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”). Lo que nos muestran estas sentencias es que los Estados no pueden consentir las operaciones de cambio de sexo y otorgar tratamiento psicológico y hormonal a las personas y negarles a su vez, las consecuencias jurídicas que entraña ese cambio, las consecuencias jurídicas incluyen la corrección del dato referido al sexo en todos los documentos oficiales de identificación personal y la aceptación de su derecho a casarse y fundar una familia con una persona del sexo opuesto. Así, el TEDH en las sentencias de 11 de julio de 2002 exige a los Estados coherencia.

Pasamos ahora a analizar las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁶, según establece, en el supuesto de que hubiera razones para temer que existan deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable, que implican un trato inhumano o degradante de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, ese traslado no deberá efectuarse. Lo procedente es proseguir el examen de los criterios de atribución de competencia contemplados y recogidos en el capítulo III del Reglamento 343/2003, con objeto de comprobar si a tenor de dichos criterios cabe determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo. Añadiéndose dos consideraciones: la primera, que cuando, con arreglo a los criterios

⁸⁵ *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H.; *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. (2002).

⁸⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se creó en 1952, su sede se encuentra en Luxemburgo y está formado por una o un juez de cada uno de los países miembros y 11 abogadas o abogados generales. Su función es garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros, así como garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE.

enumerados en dicho Reglamento, no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de asilo; y la segunda, que es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003. Como establece la Sentencia de 19 de diciembre de 2012 (RC nº1711/2012)⁸⁷.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre de 2014. En los asuntos acumulados C-148/13 a C- 150/13 que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Raad van State* (Países Bajos), mediante resoluciones de 20 de marzo de 2013, en los procedimientos entre A (C. 148/13), B (C-149/13) y C (C-150/13), personas nacionales de terceros países y *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Secretario de Estado de Seguridad y Justicia) en el que participa ACNUR las Directrices del ACNUR⁸⁸ proporcionan orientaciones útiles en relación con el proceso de evaluación de la

⁸⁷ STS de 19 de diciembre de 2012. RC 1711/2012 “[...] La conclusión que alcanza, pues, el TJUE, a tenor de las consideraciones reseñadas, es que “una aplicación del Reglamento nº 343/2003 basada en la presunción irrefutable de que se respetarán los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo en el Estado miembro en principio responsable para el examen de su solicitud es incompatible con la obligación de los Estados miembros de interpretar y aplicar el Reglamento nº 343/2003 conforme a los derechos fundamentales”. Este es un tema que al TJUE le interesa resaltar, no cabe presumir que los Estados miembros de la Unión son por principio “Estados seguros” en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, y por eso proclama que “procede responder a las cuestiones planteadas, el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión” (par.105). Conclusiones, estas, que se sintetizan en los par. 106 a 108 de la Sentencia en los siguientes términos: 106. El artículo 4 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al “Estado miembro responsable” en el sentido del Reglamento nº 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición. 107. Sin perjuicio de la facultad de examinar él mismo la solicitud a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003, la imposibilidad de trasladar a un solicitante a otro Estado miembro de la Unión, cuando éste sea responsable según los criterios del capítulo III de dicho Reglamento, obliga al Estado miembro que debía efectuar el traslado a proseguir el examen de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo. 108. Es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2 del Reglamento nº 343/2003”.[...]

⁸⁸ El ACNUR divide en dos categorías los diversos métodos de evaluación de la credibilidad controvertidos. A algunos de ellos, que en todo caso son contrarios a la Carta, los describe como integrantes de una «lista negra». Comprenden cuestionarios indiscretos relativos a los detalles de las prácticas sexuales de un solicitante o reconocimientos médicos o pseudomédicos y requisitos abusivos referentes a la prueba, tales como pedir a los solicitantes que proporcionen fotografías de sí mismos practicando actos sexuales. La segunda categoría del ACNUR se describe como la «lista

credibilidad. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 4 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto y al contenido de la protección concedida, y de los artículos 3 y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A, B y C, presentaron solicitudes de asilo en los Países Bajos, por ser perseguidos debido a su homosexualidad. El Secretario de Estado desestimó por inverosímil la primera solicitud de asilo presentada por A. A no impugnó esta primera resolución de desestimación y presentó una segunda solicitud de asilo en la que indicaba su disposición a someterse a un «examen» que probase su homosexualidad o a practicar un acto homosexual para demostrar la realidad de la orientación sexual declarada. Mediante resolución de 12 de julio de 2011, desde la Secretaría de Estado se desestimó la segunda solicitud de A debido a que seguía sin demostrarse la verosimilitud de la orientación sexual afirmada por éste. El 1 de agosto de 2012, la Secretaría de Estado desestimó la solicitud de B alegando que las declaraciones sobre su homosexualidad eran vagas, superficiales y carentes de credibilidad, debería poder aportar más detalles sobre sus sentimientos y el proceso interior relativo a su orientación sexual. Por su parte, C presentó una primera solicitud de asilo por motivos distintos a la persecución por razón de su homosexualidad, que fue desestimada. C no impugnó esta primera resolución de desestimación y presentó una segunda solicitud de asilo basada, esta vez, en el temor a ser perseguido en su país de origen debido a su homosexualidad. En esta segunda solicitud, C sostuvo que sólo tras haber abandonado su país de origen había podido reconocer su atracción homosexual. En apoyo de su solicitud, C remitió una grabación en vídeo practicando actos íntimos con una persona del mismo sexo. Mediante resolución de 8 de octubre de 2012, el Secretario de Estado desestimó la solicitud de asilo de C debido a que las declaraciones de éste sobre su homosexualidad no eran verosímiles. Consideró que C debió haber manifestado su orientación sexual en la primera solicitud de asilo, que no explicó claramente cómo había llegado a ser consciente de su homosexualidad y que fue incapaz de contestar a las preguntas relativas a las organizaciones neerlandesas que defienden los derechos de los homosexuales.

Tras la desestimación de sus solicitudes de permisos de asilo, A, B y C interpusieron recursos contra dichas resoluciones desestimatorias ante el *Rechtbank's-Gravenhage*. Mediante Sentencias de 9 de septiembre de 2011 y de 30 de octubre de 2012, el *Rechtbank's-Gravenhage*

gris». Se refiere a prácticas que, si no se realizan de un modo apropiado o con delicadeza, corren el riesgo de ser contrarias a la Carta. La lista gris incluye prácticas tales como concluir que un solicitante carece de credibilidad porque no invocó su orientación sexual como base de su solicitud de asilo a la primera oportunidad, o porque no respondió correctamente a preguntas de conocimiento general, por ejemplo, en relación con organizaciones que representan a los homosexuales en el país en el que solicita asilo. La lista gris del ACNUR también comprende los procedimientos nacionales que no ofrecieron a un solicitante una oportunidad para explicar elementos que no resultan creíbles.

desestimó por infundados los recursos de A y C, respectivamente. Dicho tribunal consideró que, por un lado, A y C debían haber impugnado, en sus respectivos recursos, las primeras resoluciones desestimatorias del *Staatssecretaris* y que, por otro lado, no demostraban, en el marco del segundo procedimiento de solicitud de asilo, la credibilidad de sus declaraciones sobre su homosexualidad. Mediante sentencia de 23 de agosto de 2012, fue desestimado también el recurso interpuesto por B contra la resolución desestimatoria del *Staatssecretaris*. El *Rechtbank's-Gravenhage* consideró que el *Staatssecretaris* había podido razonablemente concluir que las declaraciones de B sobre su homosexualidad no eran creíbles. A, B, y C apelaron dichas sentencias ante el *Raad van State*. En el marco de estos procedimientos de apelación, A, B y C alegan, que, debido a la imposibilidad de comprobar objetivamente la orientación sexual de los solicitantes de asilo, las autoridades encargadas del examen de una solicitud de asilo debían basar sus resoluciones únicamente en la declaración de tales solicitantes relativa a dicha orientación. Según los demandantes en los litigios principales, en el marco de la evaluación de la credibilidad de las declaraciones realizadas por un solicitante de asilo, las autoridades menoscaban el respeto de la dignidad del solicitante y su derecho al respeto de la vida privada, sin tener en cuenta, además, lo que el solicitante puede sentir, ni las barreras culturales que le impiden hablar abiertamente de dicha orientación. Por otra parte, estiman que el hecho de que el Secretario de Estado considere inverosímiles las versiones de los solicitantes de asilo no debe implicar la misma conclusión en cuanto a la credibilidad de la propia orientación sexual. El Secretario de Estado manifiesta que ni de la Directiva 2004/83 ni de la Carta se desprende que sea preciso pronunciarse basándose únicamente en la declaración de los solicitantes de asilo sobre su orientación sexual. Sin embargo, en su opinión, no hay que comprobar que los solicitantes de asilo poseen efectivamente la orientación sexual que alegan tener, sino más bien que hayan hecho verosímil su pertenencia a un grupo social, en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83, o el hecho de que los agentes de la persecución los consideran como tales en el sentido del artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva. Por otra parte, según el Secretario de Estado, los solicitantes de asilo raramente pueden proporcionar una prueba de su homosexualidad distinta de sus propias declaraciones, de modo que, cuando se considera que éstas son coherentes y verosímiles y que ha quedado demostrada la credibilidad general del solicitante de asilo, a dichos solicitantes debe concedérseles el beneficio de la duda. Según el *Staatssecretaris*, la apreciación que debe efectuar de la credibilidad de la orientación sexual de los solicitantes de asilo no es diferente de la relativa a otros motivos de persecución. No obstante, dicha autoridad tiene en cuenta problemas específicos relacionados con las declaraciones relativas a la orientación sexual. En particular, se recomienda a los colaboradores encargados de las audiencias de los solicitantes de asilo que no planteen preguntas directas sobre cómo viven éstos su

orientación. Por otra parte, no se atribuye importancia alguna a las imágenes de actos íntimos presentadas como prueba por los solicitantes de asilo, puesto que sólo demuestran la propia práctica de actos sexuales y no la realidad de la orientación sexual declarada.

Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, formulada en idénticos términos en cada uno de los asuntos «¿Qué límites establecen el artículo 4 de la Directiva 2004/83 y los artículos 3 y 7 de la Carta, a las modalidades de apreciación de la verosimilitud de una orientación sexual declarada, y son distintos estos límites de los límites aplicables a la apreciación de la verosimilitud de otros motivos de persecución y, en caso de respuesta afirmativa, en qué medida?». Aún cuando lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2004/83 es aplicable a todas las solicitudes de protección internacional, cualesquiera que sean los motivos de persecución invocados para apoyar dichas solicitudes, no es menos cierto que corresponde a las autoridades competentes adaptar sus métodos de apreciación de las declaraciones y de las pruebas documentales o de otro tipo en función de las características propias de cada categoría de solicitud de asilo, respetando los derechos garantizados por la Carta. En lo referente a la valoración de los hechos y circunstancias prevista en el artículo 4 de la Directiva 2004/83, esta valoración se desarrolla en dos etapas distintas. El objeto de la primera etapa es establecer las circunstancias fácticas que puedan constituir elementos de prueba en apoyo de la solicitud, mientras que la segunda etapa se refiere a la valoración jurídica de estos elementos y consiste en decidir si, a la vista de los hechos que caracterizan un caso concreto, se cumplen los requisitos de fondo previstos en los artículos 9 y 10 o 15 de la Directiva 2004/83 para la concesión de la protección internacional. Si bien los Estados miembros pueden considerar que normalmente es obligación del solicitante presentar todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud, corresponde al Estado miembro de que se trate cooperar con dicho solicitante en la fase de la determinación de los elementos pertinentes de dicha solicitud, conforme al artículo 4, apartado 1, de la citada Directiva. A este respecto, es preciso señalar que, conforme al artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/83, la evaluación de una solicitud debe ser individual y tener en cuenta la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas esas circunstancias, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto pueden constituir persecución o daños graves. En virtud del artículo 4 de la citada Directiva, si las declaraciones de un solicitante de asilo presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación siempre que se cumplan las condiciones acumulativas establecidas en el artículo 4, apartado 5, letras a) a e), de la misma Directiva. En cuanto a los métodos de apreciación de las

declaraciones y de las pruebas documentales o de otro tipo de que se trata en cada uno de los asuntos principales, es preciso, a fin de proporcionar una respuesta útil al tribunal remitente, limitar el presente análisis a la conformidad con las disposiciones de las Directivas 2004/83 y 2005/85 y con las de la Carta.

Establece así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada en cada uno de los asuntos lo siguiente: el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/83 y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85 deben interpretarse en el siguiente sentido: se oponen a que en el marco del examen, (realizado por las autoridades nacionales competentes que actúan bajo control judicial, de los hechos y circunstancias referentes a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, cuya solicitud se basa en el temor a ser perseguido por razón de dicha orientación), las declaraciones del solicitante y las pruebas documentales o de otro tipo presentadas para apoyar su solicitud sean objeto de apreciación, por dichas autoridades, mediante interrogatorios basados únicamente en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales. El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 7 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las autoridades nacionales competentes lleven a cabo interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales de un solicitante de asilo. El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 1 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las referidas autoridades acepten pruebas como la práctica de actos homosexuales por el solicitante de asilo de que se trate, su sumisión a «exámenes» para demostrar su homosexualidad o la presentación por dicho solicitante de grabaciones en vídeo de tales actos. El artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/83 y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en el marco de ese mismo examen, las autoridades nacionales competentes concluyan que carecen de verosimilitud las declaraciones del solicitante de asilo de que se trate por el único motivo de que éste no invocó su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución.

En otra Sentencia (de la Sala Cuarta) del Tribunal de Justicia, de 7 de noviembre de 2013. En los asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el *Raad van State* (Países Bajos), mediante resolución de 18 de abril de 2012, en los procedimientos entre el Ministerio de Inmigración y Asilo y X nacional de Sierra Leona (C-199/12), Y nacional de Uganda (C-200/12) y Z nacional de Senegal y (C-201/12) con intervención del ACNUR. En relación con la denegación de las solicitudes de asilo en los Países Bajos. X, Y y Z, nacidos en 1987, 1990 y 1982. Para fundamentar sus solicitudes, X, Y y Z

alegaron que debe reconocérseles el estatuto de refugiado porque tienen fundados temores de ser perseguidos a causa de su homosexualidad en sus respectivos países de origen. Entre otros extremos, afirmaron haber sido objeto de violentas reacciones de diverso tipo por parte de sus familias y círculos más próximos o de actos represivos por parte de las autoridades de sus países de origen por motivo de su orientación sexual. De las resoluciones de remisión se desprende que la homosexualidad está castigada penalmente en los países de origen de X, Y y Z. El *Minister* decidió no conceder permisos de asilo a X, Y y Z porque éstos no han acreditado suficientemente los hechos y circunstancias invocados y, por tanto, no han demostrado que, una vez que regresen a sus respectivos países de origen, albergarán temores fundados a ser perseguidos por pertenecer a un determinado grupo social. A raíz de la denegación de sus solicitudes de permiso de asilo, X y Z interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos. En cuanto a Y, éste presentó ante ese mismo tribunal una demanda destinada a obtener medidas cautelares. Mediante sentencias de 23 de noviembre de 2010 y de 9 de junio 2011, respectivamente, el *Rechtbank's-Gravenhage* estimó el recurso de X y admitió la demanda de medidas cautelares de Y. Se había podido considerar razonablemente que los hechos narrados en las solicitudes de asilo de X y de Y no resultaban creíbles, no lo era menos que, en cada uno de esos dos asuntos, aquél no había motivado suficientemente el extremo de determinar si, habida cuenta especialmente de la tipificación como delito de los actos homosexuales en los países de origen, resultaban fundados los temores de X y de Y a ser perseguidos a causa de su homosexualidad. Mediante sentencia de 15 de agosto de 2011, el *Rechtbank's-Gravenhage* desestimó el recurso interpuesto por Z, basándose para ello no sólo en que el *Minister* había podido considerar razonablemente que los hechos narrados por Z no resultaban creíbles, sino en que, además, de los datos y documentos aportados por Z no cabía deducir que existiera en Senegal una persecución generalizada de las personas homosexuales.

El *Minister* recurrió ante el *Raad van State* las dos sentencias que habían anulado sus resoluciones de denegar las solicitudes de asilo presentadas por X y por Y. Z recurrió ante ese mismo tribunal la sentencia que había desestimado su recurso contra la resolución del *Minister* de denegar su solicitud de asilo. El *Raad van State* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en cada uno de los tres litigios principales, las cuestiones prejudiciales siguientes: «1) ¿Constituyen los extranjeros con una orientación homosexual un grupo social determinado en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva [...]? 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿qué actividades homosexuales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva? En caso de actos de persecución por tales actividades y si se cumplen los demás requisitos, ¿puede ello dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado?

Esta cuestión comprende a su vez las siguientes subcuestiones: a) ¿Puede esperarse de un extranjero con una orientación homosexual que mantenga oculta ante todos su orientación sexual en su país de origen con objeto de evitar tal persecución? b) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿cabe esperar, y en qué medida, de los extranjeros con una orientación homosexual que actúen con discreción al vivir su orientación sexual en el país de origen con objeto de evitar la persecución? ¿Cabe esperar a este respecto de los homosexuales una discreción mayor que de los heterosexuales c) En el caso de que pueda establecerse en este contexto una distinción entre expresiones que afectan a la esencia de la orientación sexual y manifestaciones que no afectan a ésta, ¿qué se entiende por esencia de la orientación sexual y de qué modo puede apreciarse su existencia? 3) La mera tipificación penal y la amenaza de una pena privativa de libertad por las actividades homosexuales, ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo? En caso de respuesta negativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito?».

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara: las personas homosexuales constituyen un determinado grupo social. La mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución. Únicamente están excluidos de su ámbito de aplicación los actos homosexuales considerados delictivos según la legislación nacional de los Estados miembros. 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. Aspectos que iremos viendo a lo largo de la investigación.

3.4.2. Otras normativas relevantes para el Derecho de asilo

Analizaremos en este apartado otras normativas más específicas que para la Unión Europea o sus Estados miembros son relevantes y tienen implicaciones para el Derecho de asilo, haciendo más hincapié en las regulaciones con implicaciones para el Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual. Analizaremos el Acuerdo Schengen, el Reglamento 2016/399, la Directiva 2011/93/UE, el Convenio de Dublín, el Acuerdo Europeo nº 31, Directiva 2011/95/UE, la Directiva

2013/32/UE, la Directiva 2013/33/UE, el Reglamento nº 604/2013, con las que vamos a poder tener una visión global de la situación del Derecho de asilo en la Unión Europea.

Vamos a comenzar este apartado con el Acuerdo Schengen, este Acuerdo es de suma importancia para lo que vamos a ir estableciendo posteriormente. Schengenland es la denominación dada al territorio que comprende a los Estados que han acordado la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. Los orígenes de estos acuerdos se remontan a julio de 1984, con sólo dos países signatarios, Francia y Alemania, no es hasta principios de los años 90 cuando al mismo se incorpora España, en el año 1991. A finales de 2016 forman parte del territorio Schengen los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza. Como podemos observar no todos pertenecientes a la Unión Europea.

Las medidas que conllevan pertenecer al espacio Schengen son: supresión de los controles de personas en las fronteras interiores, en particular, las carreteras; la introducción y aplicación del régimen de Schengen en los aeropuertos y aeródromos; la realización de los controles en las fronteras exteriores y medidas destinadas a mejorar la seguridad de dichas fronteras; la política común en materia de visados; la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; la responsabilidad en materia de asilo y la ejecución de las solicitudes de asistencia jurídica internacional. El Acuerdo de Schengen distingue dos tipos de fronteras, interiores y exteriores. Se entiende por fronteras interiores: las fronteras terrestres comunes de las Partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las Partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios. Podrán cruzarse en cualquier lugar sin que realice control alguno de las personas. No obstante, cuando así lo exija el orden público o la seguridad nacional, una Parte contratante podrá decidir que se efectúen en las fronteras interiores y durante un período limitado controles fronterizos nacionales adaptados a la situación. Por fronteras exteriores entiende las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras interiores que sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Schengen entraña la supresión de los controles en las fronteras interiores y el traslado de éstos a las fronteras exteriores. Toda persona que haya entrado regularmente por la frontera exterior de una de las Partes Contratantes que aplican

el Convenio tendrá derecho, en principio, a circular libremente por el territorio de todas ellas con una duración máxima de 90 días dentro de cualquier periodo de 180 días.

En 2016 se producen una serie de regulaciones, como el Reglamento (UE) 2016/399, de 9 de marzo de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras⁸⁹. El presente Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea y establece normas al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión. Se aplica a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: los derechos de las personas que tienen derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión; los Derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución. En términos generales, este Reglamento establece que las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Sin perjuicio de las excepciones o de sus obligaciones en materia de protección internacional, los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su Derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros de una duración que no exceda de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países serán las siguientes: estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera; estar en posesión de un visado válido; estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; no estar inscrito como no admisible en el SIS; no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales ni estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

Por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas. En tales casos, el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros. A todo lo establecido

⁸⁹ Denominado como el código de fronteras Schengen en el que se incluye las modificaciones introducidas por el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016 (diario oficial de la Unión Europea número 251, de 16 de septiembre)

anteriormente, se establece condicionantes y exclusiones, causas de denegación y exclusión. Las cual se pueden ver atendiendo al propio texto del Reglamento.

La configuración del Sistema Europeo Común de Asilo “se consolida tras el Consejo europeo de Tampere⁹⁰, en el que se establecen las directrices para el desarrollo de una política común en materia de asilo e inmigración en un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea que se crea con el Tratado de Amsterdam cuando el asilo pasa a ser un asunto de «cooperación reforzada». El SECA se materializa con la aprobación de los textos que conforman la normativa de asilo, que contiene los criterios para la determinación del Estado responsable de examinar la solicitud de asilo, una definición común de los elementos y las normas que constituyen el contenido mínimo del régimen europeo de asilo” (Merino, 2016:192-193).

La Directiva 2011/93/UE resume las contribuciones más relevantes en este proceso de convergencia en relación con las cuestiones que nos atañen, sin olvidar las limitaciones que veremos seguidamente, como la estricta normativa acerca de la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud. En relación con las contribuciones, encontramos la protección humanitaria, que se restituye aquí a la regulación de asilo (Capítulo V de la Directiva), aunque su contenido sigue siendo reducido. La Directiva define por primera vez los conceptos propios del régimen de asilo en sede europea, y entre ellos sus elementos clave. En relación con el acto de persecución (artículo 9), es relevante que se haya incluido la discriminación. Se mencionan de forma expresa los actos persecutorios basados en el género. Se incluyen entre los posibles agentes de persecución (artículos 6 y 7) los agentes privados, con la importancia y trascendencia que esto tiene para el motivo de género y orientación sexual, como veremos posteriormente, en la regulación del Estado español. La Directiva reitera los motivos de persecución reconocidos en la Convención de Ginebra, pero a continuación añade una cláusula que establece que la situación de desprotección se constata cuando el nexo entre el motivo y el acto persecutorio se infiere de la persecución del agente persecutorio y no tanto porque efectivamente concurra el motivo en la persona del solicitante (artículo 10.2). En relación con los motivos de persecución (artículo 10), la Directiva aporta pocos cambios al marco convencional, pero destaca su definición de la pertenencia a un grupo social determinado. En dicha cláusula, se proponen dos criterios acumulativos para identificar el grupo: 1) «las características protegidas». Según este criterio, la individualización y adscripción a un grupo se produce como consecuencia de la identificación de una característica común. 2) la «percepción social» (también llamada percepción externa), el grupo se singulariza porque la sociedad en la que radica lo identifica como tal. Asimismo se añade que «los aspectos

⁹⁰ De 15 y 16 de octubre de 1999.

relacionados con el sexo de la persona se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo (art. 10.1). En este apartado se contemplan referencias relativas al género que determinan su apreciación como elemento constitutivo de un grupo social determinado, incluso cuando la comisión del acto sea debida a la percepción que los agentes tengan de dicho grupo. Ambas son cuestiones significativas para garantizar la protección del estatuto, puesto que permiten garantizar la inclusión de aquellas conductas, políticas, medidas o acciones que se fundamentan en discursos y medidas discriminatorias por razón de género, al menos porque si se huye por estos motivos no es necesario determinar que sí existe dicho grupo, lo cual suponía una carga de la prueba mayor para la solicitante de asilo, pero sigue requiriéndose la prueba de dicha persecución en estas circunstancias; esto requiere una revisión o previsión explícita de estos supuestos al menos en lo que se refiere a las normas de procedimiento de la determinación del estatuto. “Las demandas de asilo que se fundamentan en la adscripción del sujeto a un grupo social determinado se someten a una mayor exigencia de prueba, además de negar cualquier carácter social y político a las relaciones de género que puedan causar persecución” (Merino, 2016: 194- 195). Remitiéndonos Merino posteriormente a lo establecido por otras autoras y concluyendo este importante entramado para la determinación de la persecución por motivo de género al establecer que en relación con las dificultades para constatar la existencia del grupo, cada ordenamiento establece los requisitos. Este ha sido el motivo recomendado por parte del ACNUR, pero debido a dicho nivel de exigencia y las dificultades para determinar el rasgo constitutivo del grupo, los operadores jurídicos han sido reacios a considerar el género como tal.

El denominado Convenio de Dublín⁹¹, del que hemos hablado anteriormente, fue firmado el 15 de junio de 1990 y establece el Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Establece el Estado miembro responsable de recibir, estudiar y resolver la solicitud de protección internacional de una persona particular y asegurar, que al menos un Estado miembro tramite la postulación. En 2013 se acordó el sistema atendiendo al Reglamento Dublín III acordado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. En el cual se comprometen (Art. 3) a que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por una persona extranjera a cualquiera de los Estados miembros, sólo por uno de ellos, y a sea en la frontera o en su territorio y con arreglo a los criterios enunciados por el presente Convenio. La solicitud será examinada de conformidad con su legislación nacional y con sus obligaciones internacionales. En el siguiente orden de prioridades: 1. Cada Estado miembro tendrá

⁹¹ Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990

derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por una persona, aun cuando dicho examen no le incumba en virtud de los criterios definidos por el presente Convenio, siempre que el solicitante de asilo establezca su consentimiento para ello. 2. Todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York. 3. El procedimiento de determinación del Estado miembro que, en virtud del presente Convenio, sea responsable del examen de la solicitud de asilo se pondrán en marcha en el momento en que se presente una solicitud de asilo por primera vez ante un Estado miembro. 4. El Estado miembro ante el cual haya sido presentada la solicitud de asilo estará obligado, atendiendo a esta norma, a readmitir al solicitante de asilo que, encontrándose en otro Estado miembro, haya formulado en dicho Estado miembro una solicitud de asilo después de haber retirado su solicitud en el transcurso del procedimiento de determinación del Estado responsable. 5. Dicha obligación cesará si el solicitante de asilo, entre tanto, ha abandonado el territorio de los Estados miembros durante un período de, al menos, tres meses o un Estado miembro le ha concedido un documento de residencia de una duración superior a tres meses. Si a alguna persona de la familia (cónyuge, hijo soltero o hija soltera menor de 18 años, y si la persona que solicita asilo es soltera y menor de 18 años, su padre o su madre) de la que solicita asilo (art. 4) se le hubiese reconocido la condición de refugiado en un Estado miembro según la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York, y reside en él legalmente, este Estado será responsable del examen de la solicitud, siempre que la parte interesada consientan en ello. Si la persona que solicita asilo es titular de un permiso de residencia vigente (Art. 5), el Estado Miembro que haya expedido dicho permiso será el responsable del examen de la solicitud de asilo. Si es titular de un visado vigente, el Estado miembro que haya expedido dicho visado será responsable del examen de la solicitud de asilo, con algunas excepciones, si la persona que solicita asilo es titular de varios permisos de residencia o visados vigentes, expedidos por diferentes Estados miembros, el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo será, el que haya expedido el permiso de residencia más prolongado o, el permiso de residencia que caduque en fecha posterior. No se aplicará esta disposición cuando el solicitante sea titular de uno o de varios visados de tránsito, expedidos previa presentación de un visado de entrada en otro Estado Miembro. En tal caso, será responsable este último Estado miembro. Si los permisos están caducados, serán aplicables mientras el extranjero no haya abandonado el territorio de los Estados Miembros. En el artículo 6 se establece que cuando el solicitante de asilo haya cruzado de forma irregular, por vía terrestre, marítima o aérea, la frontera de un Estado miembro por el que se pueda probar que ha entrado, procedente de un país que no sea miembro de las Comunidades Europeas, dicho Estado miembro será responsable del examen de su

solicitud de asilo. Dejará de ser responsable si se demuestra que el interesado ha permanecido en el Estado Miembro en que presente su solicitud de asilo al menos durante seis meses antes de presentar dicha solicitud. En tal caso, este último Estado será responsable del examen de la solicitud de asilo. La responsabilidad del examen de una solicitud de asilo (Art. 7) incumbirá al Estado miembro responsable del control de entrada del extranjero en territorio de los Estados miembros, excepto si la persona extranjera presenta su solicitud de asilo en otro Estado miembro en que también se le dispensa de la obligación de visado para la entrada en su territorio. Cuando la solicitud de asilo se presente en la zona de tránsito de un aeropuerto de un Estado miembro, la responsabilidad del examen recaerá en dicho Estado. Cuando con arreglo a los otros criterios enumerados en el presente Convenio no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro al que haya sido presentada la solicitud de asilo (art. 8). Cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de asilo por razones humanitarias (art. 9).

El Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de asilo, y que estime que otro Estado miembro es el responsable del examen de dicha solicitud, podrá requerir que este último tome a su cargo la solicitud lo antes posible y en cualquier caso dentro de un plazo de seis meses tras la presentación de la solicitud de asilo (art. 11) Si no se llevara a cabo en seis meses, la responsabilidad del examen de la solicitud de asilo corresponderá al Estado ante el que se haya presentado por primera vez la solicitud.

Ahora vamos a ver el Acuerdo Europeo nº31 sobre exención de visados para los refugiados (y refugiadas), hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, fue ratificado por el Estado español el 2 de junio de 1982⁹². Las personas refugiadas que residan regularmente en el territorio de una de las partes contratantes quedarán dispensadas, con arreglo a los términos del presente Acuerdo y con la condición de la reciprocidad, de la formalidad de los visados para entrar en, y salir del territorio de las otras Partes Contratantes por cualquier frontera siempre y cuando: sean titulares de un documento de viaje, en período de validez y su estancia sea inferior o igual a tres meses. Podrá exigirse el visado para todas las estancias de una duración superior a tres meses o para cualquier entrada en el territorio de otra parte con el fin de ejercer en el mismo una actividad lucrativa. Cada Estado se reserva el derecho a denegar el acceso o la estancia en su territorio a las personas que considere como indeseables. Y se reserva, por razones de orden público, seguridad o salud pública, la facultad de no aplicar inmediatamente el presente Acuerdo o de suspender temporalmente su aplicación con respecto a las demás partes o a alguna de ellas.

⁹² Boe número 174, de 22 de julio de 1982.

La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para las personas refugiadas o con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, tiene como objeto, como su propio nombre indica, el establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países y apátridas como personas beneficiarias de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Los Estados miembros podrán introducir o mantener normas más favorables, que sean compatibles con la presente Directiva. Es obligación de la persona que solicita presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional. Tendrán el deber de valorar, con la cooperación de la persona que solicita, los elementos pertinentes de la solicitud. La evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta: a) los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver la solicitud (no en el momento de presentarlas), incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican; b) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por la persona que solicite, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves; c) la situación particular y las circunstancias personales: pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves; d) evaluar si las actividades expondrán la persona que solicita a persecución o daños graves en caso de que volviera a dicho país; e) si sería razonable esperar que se acogiese a la protección de otro país del que pudiese reclamar la ciudadanía. El hecho de que una persona que solicita ya haya sufrido persecución o daños graves o recibido amenazas directas de sufrir tal persecución o tales daños constituirá un indicio serio de los fundados temores a ser perseguida o del riesgo real de sufrir daños graves, salvo que existan razones fundadas para considerar que tal persecución o tales daños graves no se repetirán.

Si la persona que solicita ha de fundamentar la solicitud de protección internacional y si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) 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; c) las declaraciones se consideren coherentes y verosímiles

y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) se ha presentado con la mayor rapidez posible la solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así, y e) se ha comprobado la credibilidad general de la persona que solicita.

La protección contra la persecución o los daños graves deberá ser efectiva y de carácter no temporal. En general se entenderá que existe esta protección cuando se tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección.

Al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que la persona solicitante no necesita protección internacional si en una parte del país de origen: a) no tiene fundados temores a ser perseguida o no existe un riesgo real de sufrir daños graves, o b) tiene acceso a la protección contra la persecución o los daños graves, y puede viajar con seguridad y legalmente a esa parte del país, ser admitida en ella y es razonable esperar que se establezca allí. Los Estados miembros tendrán en cuenta las circunstancias generales reinantes en esa parte del país y las circunstancias personales del solicitante en el momento de resolver la solicitud. A este fin, los Estados miembros garantizarán que se obtenga información exacta y actualizada de fuentes pertinentes como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. De la Directiva 2004/83/CE a la que deroga esta norma y en los mismos términos que la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, que analizaremos posteriormente en detalle, encontramos el supuesto en el que se establece que, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo que estudiaremos posteriormente y que en este apartado solo dejamos enunciado.

Por su parte la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, tiene por objeto establecer procedimientos comunes conforme a la Directiva 2011/95/UE. No se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las

representaciones de los Estados miembros. Los Estados velarán por que el personal de la autoridad decisoria esté adecuadamente formado. Establecerán una formación pertinente y tomarán asimismo en consideración la formación establecida y desarrollada por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). Las personas que efectúen las entrevistas deberán tener un conocimiento general de los problemas que puedan afectar negativamente a la capacidad de la parte que solicita de mantener una entrevista, como síntomas de que pudo haber sido torturada en el pasado. Cuando se designe una autoridad, los Estados miembros garantizarán que el personal de dicha autoridad tenga los conocimientos adecuados o reciba la formación necesaria para cumplir sus obligaciones en aplicación de la presente Directiva. Establece reglas para el procedimiento que se establecerán en toda la Unión Europea y por tanto, que supondrán un avance hacia el sistema común de asilo. Al establecer los requisitos para el examen de las solicitudes podemos leer que los Estados garantizarán que las solicitudes de protección internacional no se rechacen ni excluyan del examen por el único motivo de no haberse formulado tan pronto como era posible.

En el apartado b) del apartado 3 del artículo 15 se establece que siempre que sea posible, dispondrán que la entrevista al solicitante sea celebrada por una persona del mismo sexo, si así se solicita, a menos que “la autoridad decisoria tenga motivos para creer que la posición no obedece a dificultades del solicitante para exponer las razones de su solicitud de manera completa”. Algo relevante, porque la autoridad decisoria antes de la celebración de la entrevista no tiene por qué saber si la posición obedece o no a dificultades para exponer las razones de su solicitud. En esta norma se regula también el reconocimiento médico que se puede hacer o se puede permitir que las personas que solicitan protección internacional presenten, algo con lo que hay que tener cuidado, por los problemas que esto puede suponer, por ejemplo, cuando solicita protección internacional una persona transgénero y se le solicitan las pruebas médicas que se establecen para las personas transexuales.

El artículo 26 regula el “Internamiento” al establecer que los Estados miembros no mantendrán a una persona internada por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional. Los motivos y las condiciones de internamiento y las garantías de los solicitantes internados, serán conformes con la Directiva 2013/33/ UE, que veremos posteriormente. Cuando se mantenga internada a una persona que solicita protección internacional, los Estados velarán por que exista un procedimiento rápido de revisión judicial de conformidad con la Directiva 2013/33/UE. En el apartado 8 del artículo 31, del “Procedimiento de examen” podemos leer que los Estados miembros podrán disponer que se acelere y/o se lleve a cabo en la frontera o en zonas de tránsito de conformidad con el artículo 43 un procedimiento de examen de conformidad con los principios y

garantías fundamentales del capítulo II, sí: entre otras circunstancias, también podemos leer, en el apartado h) que la parte que solicita hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio del Estado miembro y no se hubiese presentado a las autoridades ni formulado una solicitud de protección internacional a la mayor brevedad posible, sin una razón válida, dadas las circunstancias de su entrada, o i) la parte que solicita se negase a acatar la obligación de que le sean tomadas las impresiones dactilares. En esta norma, en el artículo 35 encontramos la consideración de primer país de asilo, donde se establece que un país podrá ser considerado primer país de asilo de una persona solicitante: si esta ha sido reconocida como refugiada en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección, o bien si goza de protección suficiente en dicho país, e incluso se acoge al principio de no devolución; siempre que sea readmitido en dicho país. Un tercer país designado como país de origen seguro de conformidad con la presente Directiva (Art 36) podrá, tras un examen individual de la solicitud, ser considerado país de origen seguro para un solicitante concreto solo si: el solicitante posee la nacionalidad de dicho país o es apátrida y anteriormente tuvo su residencia habitual en dicho país. En el artículo siguiente a este respecto se establece que la evaluación de un país para determinar si es un país de origen seguro con arreglo al presente artículo, se basará en una serie de fuentes de información, incluida en particular la información procedente de otros Estados miembros, la EASO, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes. En el artículo 38 podemos leer el concepto de tercer país seguro, donde se establece que los Estados miembros solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que la parte solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política. Como podemos observar no se establecen las garantías de protección por motivo de género y orientación sexual porque esta normativa establece protección a nivel europeo y no a nivel nacional. También se establece que en estos países no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE. Se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del Derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional. Existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugio y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra. La aplicación del concepto de tercer país seguro estará sujeta a las disposiciones previstas en el Derecho nacional, entre ellas, se establecen unas cuantas reglas de relación entre la persona que solicita y el tercer país de que se trate. En el artículo 39 encontramos el concepto de tercer país seguro europeo, donde se establece que los Estados miembros podrán

establecer que no se realice, o no se realice completamente, un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares, cuando una autoridad competente haya comprobado, basándose en los hechos, que el solicitante está intentando entrar o ha entrado ilegalmente en su territorio procedente de un tercer país seguro. Atendiendo a esto, un tercer país sólo podrá ser considerado tercer país seguro si: ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones; cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y ha ratificado el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo. Se permitirá que la parte que solicita impugne la aplicación del concepto de tercer país europeo seguro alegando que el tercer país de que se trate no es seguro en sus circunstancias particulares.

Y el objeto de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional es establecer normas para la acogida de las personas que soliciten protección internacional. Esta Directiva se aplicará a las personas nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional en el territorio, incluida la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes, así como a las personas que forman parte de su familia si quedan cubiertas por la solicitud de protección internacional de conformidad con el Derecho nacional. El plazo para su incorporación al Derecho español expiró el 21 de julio de 2015. Sin pretender un análisis exhaustivo de dicha norma, resulta esencial hacer referencia a determinados aspectos de la misma, dado que introduce modificaciones sustanciales respecto a la anterior. Entre estas, destaca la extensión del Derecho de acogida de los solicitantes a todo el procedimiento, desde la presentación de la solicitud de protección internacional hasta la resolución. Así, el considerando número 8 dispone que «para garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda la Unión, deberá aplicarse en todas las fases y tipos de procedimiento de solicitud de protección internacional, en todos los lugares e instalaciones en los que se alojen los solicitantes y a todo el período en que se les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros como solicitantes» (Defensor del Pueblo, 2016:83). Es importante la extensión de su ámbito de aplicación a las personas que solicitan protección subsidiaria. Esta Directiva no se aplicará en caso de solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros. Los Estados miembros podrán establecer o mantener disposiciones más favorables en el ámbito de las condiciones de acogida de la persona que solicita o sus familiares cercanos que estén

presentes en el mismo Estado miembro, cuando dependan de él, o bien por motivos humanitarios, en la medida en que dichas disposiciones sean compatibles con la presente Directiva.

El artículo 8 trata el internamiento, en el que se puede leer que los Estados miembros no internarán a una persona por la única razón de que sea solicitante de protección internacional. Cuando ello resulte necesario, sobre la base de una evaluación individual de cada caso, los Estados miembros podrán internar a una persona solicitante siempre que no se puedan aplicar efectivamente medidas menos coercitivas. Una persona que solicita protección internacional solo podrá ser internada: para determinar o verificar su identidad o nacionalidad; para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga de la persona que solicita. Para decidir, en el marco de un procedimiento, sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio. Cuando la persona internada esté sometida a un procedimiento de retorno, para preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, y el Estado miembro pueda demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo, por lo que hay “motivos razonables” para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno. Cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público. Los motivos de internamiento quedarán establecidos en el Derecho nacional. Los Estados miembros velarán por que el Derecho nacional establezca normas que ofrezcan alternativas al internamiento, como la presentación periódica entre las autoridades, el depósito de una fianza o la obligación de permanecer en un lugar determinado. En el artículo 9 dedicado a las “garantías de los solicitantes internados” podemos leer que el período de internamiento será lo más breve posible y solo se le mantendrá internado mientras los motivos establecidos sean aplicables. Cuando las autoridades administrativas ordenen el internamiento, los Estados miembros someterán a un control judicial rápido la legalidad del internamiento, el cual se efectuará de oficio y/o a instancia del solicitante (que no sabemos si conoce el derecho a solicitarlo, por que no se establece la obligación de informarle). A la hora de establecer las “condiciones del internamiento” en el artículo 10, se establece que el internamiento se llevará a cabo, por norma general, en centros de internamiento especializados. Cuando un Estado miembro no pueda proporcionar la acogida en un centro de internamiento especializado y deba recurrir a centros penitenciarios, el solicitante internado será mantenido separado de los presos comunes y se aplicarán las condiciones de internamiento establecidas en la presente Directiva. Respecto de los solicitantes alojados en locales o centros de acogida, obliga a los Estados a tomar en consideración factores específicos de género y edad y la situación de las personas vulnerables, así como a adoptar

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.

El Capítulo IV está destinado a las Disposiciones para personas vulnerables. Donde se establece en términos generales 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.

Las directivas europeas y las leyes de extranjería ponen de manifiesto lo que Michel Foucault (1996:30) denominó «la inscripción jurídica», que consiste en la utilización del Derecho y el discurso jurídico como instrumento del poder que «transmite y hace funcionar relaciones que no son de soberanía sino de dominación».

El Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional. La solicitud será examinada por un solo Estado designado como responsable. Subsidiariamente será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de protección internacional. Para facilitar el procedimiento de determinación se celebrará una entrevista personal con la persona que solicita. La entrevista también permitirá la correcta comprensión de la información proporcionada a la parte que solicita. En el Capítulo III encontramos los “Criterios de determinación del Estado miembro responsable, donde se establece una “jerarquía de criterios”, con criterios específicos para las personas menores, miembros de la familia beneficiarias de la protección internacional, familiares que son solicitantes de protección internacional, procedimiento familiar, expedición de documentos de residencia y visados, o la entrada y estancia, en el que podemos leer que si se determina que el solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional. Esa responsabilidad cesará 12 meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular de fronteras. También encontramos reglas subsidiarias

como que la persona que solicita hubiera vivido durante períodos no inferiores a cinco meses en alguno o varios Estados miembros. Si una persona nacional de un tercer Estado o apátrida entre en el territorio de un Estado miembro en que se le dispensa de la obligación de visado, dicho Estado miembro será responsable del examen de su solicitud de protección internacional (Art. 14), de tal manera que se evita que los Estados rebajen las condiciones de entrada, para que no se produzcan entradas a toda la Unión Europea por la gestión de uno de sus miembros. El Estado miembro responsable en virtud del presente Reglamento deberá: hacerse cargo, readmitir, y en todos los supuestos, examinar o completar el examen de la solicitud de protección internacional formulada. También encontramos en este Reglamento un procedimiento determinado para todos estos trámites, así como la obligación de trasladar información y cooperar.

4. REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN EL ESTADO ESPAÑOL

La Convención de Ginebra de 1951 es fruto de la II Guerra Mundial, y fue redactada en plena Guerra Fría, eran los hombres heterosexuales blancos disidentes comunistas, perseguidos por motivos políticos e ideológicos los que se esperaba pudieran obtener protección en los países signatarios; no es de extrañar pues, que el término “sexo” se rechazara expresamente durante la redacción del Tratado. La propuesta del Delegado yugoslavo sobre la inclusión de este término en el entramado legislativo se encontró con la oposición de países como Austria, Colombia, Italia, Suiza, Turquía, Reino Unido o los Estados Unidos. No obstante, tras más de cincuenta años de andadura, la específica persecución que puede sufrir una persona por motivo de género y orientación sexual exige de una adaptación progresiva de la Convención. Pero para ver los confines en que estos términos se deben incluir para que sea una protección real, es necesario observar los contextos en los que se regula la protección en un Estado como el español, con una Ley del año 2009 que incorpora significativos cambios y anclada en un entorno donde todos los Estados miembros reconocen que la persecución por motivos de género es un motivo válido para conceder el asilo, y la interpretación de ACNUR así lo reconoce, pero donde nos encontramos que en muchos Estados miembros los procedimientos de solicitud de asilo siguen siendo poco claros.

En el Estado español, partiendo de lo establecido sobre la dignidad humana en el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978⁹³, donde los seres humanos no deben ser jamás tratados instrumentalmente para el cumplimiento de los fines y políticas estatales (Díez, 2008), la dignidad de la persona, en sí misma, no es inviolable; lo son los derechos inherentes a la persona o a su dignidad. El Tribunal Constitucional en Sentencia 107/1984 (F.J. 3) establece que hay unos derechos más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona que otros, y atendiendo a esta gradación encontramos tres tipos de Derechos, los que pertenecen por igual a las personas que poseen la nacionalidad y a las consideradas extranjeras; los que se diferencian atendiendo a que nos encontramos ante una persona nacional o ante una extranjera que tiene un régimen diferente de ejercicio pero sin privarle por completo de la protección; y los que solo pertenecen a las personas nacionales. Esta gradación es descendente, por ser los que pertenecen por igual a personas nacionales y extranjeras los que están inmediatamente conectados con la dignidad. Así, la dignidad quizá no sirve para identificar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales, pero sí para determinar el alcance de la protección constitucional de las personas extranjeras. La diferencia de trato por su parte debe ser igualmente justificada con los criterios que impone el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978⁹⁴.

El Asilo lo encontramos en la Constitución Española, como materia de competencia exclusiva del Estado, así establecida en su Artículo 149.1.2⁹⁵ aunque las Comunidades Autónomas y los entes locales han ido asumiendo competencias en el ámbito de la integración social que tienen que ver con sus competencias en sanidad, educación, asistencia social, ejecución de legislación laboral, empadronamiento, vivienda, menores... pues según el Artículo 148.1.20 de la Constitución Española⁹⁶, la prestación de servicios sociales y asistencia social a la población, y lo que eso supone, atendiendo al artículo 25.2.k de la Ley 7/1985 Reguladora de Bases de Régimen Local en aquellos municipios de más de 20.000 habitantes, pasa a formar parte de su competencia.

En el Estado español la primera norma que reguló el Asilo fue la Ley de 4 de diciembre de 1855. Con la Constitución de 1978 se cambia la consideración de esta figura porque el artículo 13.4 de la Constitución determina que “la Ley establecerá los términos en los que la ciudadanía de otros

⁹³ Art 10. 1 de la Constitución Española “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social”.

⁹⁴ Artículo 14 de la C.E. “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁹⁵ “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 2. Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y Derecho de asilo”.

⁹⁶ “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20. Asistencia Social”.

países y las personas apátridas podrán gozar de asilo en el Estado español” y por la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. El mandato constitucional se materializó con la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugio, donde se diferenciaba entre asilo y refugio, que se vio modificada a los 10 años de aplicación por la Ley 9/1994, con la finalidad de adecuar el ordenamiento a la rápida evolución en la cantidad y en las características de las solicitudes de asilo que se producían en el contexto de la Unión Europea en la segunda mitad de los años ochenta del pasado siglo y corregir determinadas deficiencias que tenía el procedimiento.

En 2007 se produce otra modificación por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual añade a la Ley de asilo una disposición adicional tercera, en la que se insta a una interpretación de la definición de persona refugiada que incluya como motivo el género, quedando garantizado así el estatuto de refugiada.

Estos cambios se materializaron finalmente en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que se considera complementaria de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 y en cuyas motivaciones legislativas, como ya se ha establecido anteriormente, no encontramos sólo motivos nacionales, que también, pero es clara la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de la Unión, puesto que el 10 de octubre de 2006 finalizó el plazo que el Estado español tenía para trasponer la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de Abril de 2004, motivo por el cual se sancionó al Estado español y que marcaba la necesidad de una modificación en la legislación, que no podía demorarse más. Para la realización del estudio completo de la materia también se tendrán que tener en cuenta muchos otros textos legales que finalmente se aplican a la persona refugiada, siempre derivadas de la Ley 12/2009, como la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

A nivel europeo encontramos una regulación posterior a la Ley 12/2009, como es la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y el Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Regulaciones que ya hemos visto anteriormente y deberán ser incorporadas por el Reglamento de la Ley 12/2009 que aún no ha encontrado aprobación y que veremos posteriormente.

4.1. Evolución histórica y antecedentes

Unos meses antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978, España se adhería a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967⁹⁷, junto con la responsabilidad del Estado frente a la obligación internacional que resulta de la ratificación de la Convención de Ginebra, aparece una nueva responsabilidad de tipo constitucional, como es el artículo 13.4 de la CE, cuando establece que “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del Derecho de asilo en España”. Según López Garrido, el Derecho de asilo en España se configura como un derecho fundamental constitucional. Por el contrario Santolaya afirma que el Derecho de asilo es un Derecho constitucional de configuración legal ya que el artículo 13.4 de la Constitución contiene una remisión en términos abiertos a la Ley. Con independencia de que el Derecho de asilo esté constitucionalizado o no como un derecho fundamental en sí mismo considerado, lo esencial es que a sus procedimientos administrativos se les apliquen una serie de garantías procedimentales: el Derecho de ser oído, de ser defendido y asistido por un abogado, de recurso judicial, de no ser detenido más allá de un cierto periodo, de motivación de las decisiones, de control judicial efectivo, incluidas las correspondientes medidas cautelares. Cuando todo esto sucede, y aunque el asilo no sea en sí mismo un derecho fundamental, nos encontramos ante su efectiva protección a través de otros Derechos constitucionales (Santolaya, 2011:183).

En ejecución del mandato constitucional se promulgó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁹⁸. Esta norma sufrió una profunda modificación por la Ley 9/1994⁹⁹ al objeto de adecuar el ordenamiento español a la rápida evolución en la cantidad y características de las solicitudes de asilo que se produjo en el contexto de la Unión Europea, contexto de progresiva armonización de las legislaciones nacionales de asilo. Esta reforma supuso la eliminación de la diferencia entre dos estatutos: el asilo y el refugio, en donde éste último “de origen internacional y con auténtico contenido obligacional”, sería el “representado por el *non refoulement*, es decir los perseguidos en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra, que lo soliciten de un país firmante, tienen derecho a no ser enviados a un país en el que peligre su vida o su libertad” (Santolaya, 2011:33). El asilo “de origen puramente interno, y de nivel constitucional o

⁹⁷ Instrumento de Adhesión de 22 de julio de 1978 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

⁹⁸ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

⁹⁹ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 20 de marzo, *reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado*. BOE núm.122, de 23 de mayo de 1994.

legal, supone otorgar asilo territorial, en las condiciones determinadas por la propia normativa nacional. La tendencia era considerar este tipo de actos como expresión de la soberanía del Estado, de manera que si bien solía representar un *estatus* más elevado en cuanto a condiciones materiales que el de refugiado, no existía un derecho a obtener la condición de asilado, sino que se solía configurar como un acto de naturaleza graciable, puramente discrecional” (Santolaya, 2011:33). Tras la reforma operada por la Ley 9/94 el concepto de refugiado “hace referencia a las personas que sufren persecución en los términos de la CG51, y asilado es la persona que precisamente por ello ha recibido la protección de un determinado país de acuerdo a su procedimiento de determinación, en los términos y con el alcance fijados por su normativa interna, reglas que en todo caso ha de respetar el estatuto mínimo de la Convención. Por tanto, asilo es la obligación jurídica y jurídicamente controlable de otorgar protección territorial a quien lo solicita en un país determinado reuniendo las condiciones de la Convención de Ginebra” (Santolaya, 2011:34). Actualmente consideraré el Derecho de asilo, el derecho que se concede por parte de los Estados a las personas que solicita y recibe la protección internacional y por su parte el refugio, es el derecho que las personas tienen a ser refugiadas, pues atendiendo a las circunstancias sociopolíticas y geoestratégicas actuales las personas no tienen derecho a tener derechos, por tanto considero el Derecho de refugio, al Derecho de las personas refugiadas a poder serlo, pudiendo salir de sus estados, poder llegar a otro donde poder solicitar la protección internacional, tener acceso y conocimiento de este derecho y un lugar donde poder solicitarlo y ser protegidas.

Nos dice Carmen Miguel Juan que recordemos además que la Ley 12/2009 transpone la Directiva 2004/83 de reconocimiento o definición y que en dicha directiva, si bien no reconoce que el sexo pueda ser una característica que por sí misma pueda configurar un grupo social al establecer que podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo, sí reconoce que en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado grupo basado en una característica común de orientación sexual, mientras que la Ley 12/2009, tampoco admite la orientación sexual o identidad sexual como características que por sí solas puedan configurar un grupo social. “Por tanto podemos decir que la Ley 12/2009, en este aspecto, no transpone la Directiva 2004/83 de reconocimiento o definición sino que es más restrictiva que ésta” (Miguel, 2014:236). La Directiva 2004/83 de reconocimiento ha sido derogada por la Directiva 2011/95 y que supone un avance en cuanto al reconocimiento de la persecución por motivos de género ya que admite tanto la orientación sexual como el sexo como características que pueden configurar un grupo social. Por lo tanto, la Ley 12/2009, no ha cumplido con la

transposición de la Directiva 2004/83 y además debería haberse modificado en este extremo para transponer la Directiva 2011/95 antes del 21 de diciembre de 2013 reconociendo tanto la orientación e identidad sexual y el sexo (el género, según la Ley española) como características que por sí mismas pueden configurar un grupo social. La transposición de la directiva de reconocimiento o definición a la Ley española nos proporciona un buen ejemplo de utilización del término sexo como sinónimo de género ya que la directiva siempre menciona el término sexo y éste ha sido recogido por la legislación española como sinónimo de género.

Así, el Derecho internacional de protección del refugio razona y funciona en términos de mínimos, y no en términos de igualdad de trato con las personas nacionales. La determinación de ese contenido mínimo no es fácil y en dicha tarea cada Estado puede decidir libremente en función de su interés nacional y de acuerdo con los compromisos asumidos internacionalmente sobre la extensión de los derechos que considere oportuno conceder a las personas refugiadas (Sánchez Patrón, 2007).

Antes de la promulgación de la Ley 12/2009, en el 2007, estando todavía vigente la anterior Ley 5/84, modificada por la Ley 9/94, se promulgó la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (LOIHM). La Disposición Adicional vigésimo novena de la LOIHM dispone que se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género”. La LOIHM venía a reconocer el género como un sexto motivo de persecución junto con la raza, la nacionalidad, la religión, los motivos políticos y la pertenencia a un determinado grupo social. Es decir se reconocía el género como un motivo autónomo, lo que puede ser interpretado como un reconocimiento expreso de la importancia de este tipo de persecuciones y su ubicación al mismo nivel que los otros cinco motivos y no como un subtipo de las persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social.

Para la determinación y el establecimiento de la institución del refugio, también tenemos que atender a lo establecido por la jurisprudencia. Debido a las características y condiciones, desde su legitimidad a su regulación positiva, las personas que demandan protección internacional son percibidas como vulnerables, conllevando en ocasiones la necesidad de tener que hacernos conscientes y reiterarnos en la afirmación de que nos encontramos ante un mecanismo de protección de derechos y, por ello, sus presupuestos deben ser otros, no el de vulnerar más la dignidad de las personas ni el de victimizarlas más de lo que ya están. Uno de los principales problemas lo

encontramos cuando el sistema que pretende proteger los derechos (formado por el sistema normativo y los operadores jurídicos que intervienen) reproduce esquemas de dominación y, en ocasiones, violencia institucionalizada hacia quienes denuncian. Con este propósito, “tampoco deben reducirse los análisis del régimen de asilo, ni de los movimientos migratorios, desde una perspectiva de género, a las experiencias violentas. De lo contrario, se ocultan acciones autónomas y activas que dan cuenta de la capacidad de agencia de quienes se enfrentan a esta violencia. La propia solicitud de asilo lo es, lo que contradice las percepciones que victimizan a las mujeres refugiadas” (Merino, 2012:86).

4.2. Regulaciones relevantes sobre género y orientación sexual

Vamos a realizar en este apartado un *excurso* respecto al análisis del Derecho de asilo y refugio para estudiar algunas legislaciones sobre género, identidad de género y orientación sexual, por considerarlas de gran interés para este trabajo. Aunque con las mismas no buscamos ser exhaustivas, si no lograr la contextualización de la Ley 12/2009, del 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria como reguladora de los motivos de género y orientación sexual desde un punto de vista restrictivo, con el que no comulgamos, como veremos posteriormente, y el cual podría haberse establecido desde otro punto de vista, pues hay legislación sobre temas de género, identidad de género y de orientación sexual mucho más amplia y que engloba unos aspectos mucho más complejos, específicos y realistas que la legislación sobre protección internacional. La primera legislación que hay que analizar en este apartado, por su trascendencia e importancia, como hemos visto anteriormente, es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁰⁰. Bobbio denomina la “regla de la justicia” a la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual. Esta Ley de 2007, denominada para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece en el preámbulo que “resulta necesaria una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”. Por tanto, nos encontramos ante una ley basada en una estructura binaria. Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble

¹⁰⁰ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. páginas 12611 a 12645.

discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad. En la disposición adicional vigésimo novena de esta Ley Orgánica “se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: «Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género»”. Esta incorporación es trascendental, de suma importancia para mejorar la protección internacional y hacerla efectiva. Sin embargo, las víctimas del machismo siempre han tenido más problemas para demostrar que la violencia que se produce contra ellas son crímenes, que la violación es tortura, que las violaciones de sus derechos pueden ser violaciones de los derechos humanos.

Cambiando de registro, y nunca mejor dicho, para pasar de la igualdad a la diferencia, pero con la posibilidad de realizarlo dentro del binarismo, podemos hablar de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas¹⁰¹. Esta Ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. De acuerdo con la regulación que se establece en esta Ley, la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse “debidamente”, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil. Mediante esta Ley, el Estado español se suma a los países del entorno que cuentan con una legislación específica de cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad.

Los Requisitos que se tienen que acreditar para acordar la rectificación registral de la mención del sexo (art. 4): Que le haya sido diagnosticada disforia de género¹⁰² y haya sido tratada

¹⁰¹ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007, páginas 11251 a 11253.

¹⁰² La acreditación del cumplimiento del diagnóstico de la disforia de género se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiado en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicossocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la

médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Encontramos que la identidad de género también ha sido regulada en el ámbito autonómico, como en la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Comienza esta Ley diciendo en la exposición de motivos que la transexualidad no es un fenómeno actual. Existe desde siempre y en todas las culturas de la humanidad, las respuestas que las distintas sociedades han dado a esta realidad del ser humano han sido muy diversas a lo largo del tiempo y en las distintas geografías de nuestro mundo. [...] La definición del sexo-género de una persona va mucho más allá de la apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento del nacimiento y no es un concepto puramente biológico –como estableció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, en los casos *Christine Goodwin contra el Reino Unido* e *I. contra el Reino Unido*– que hemos visto anteriormente. En la persona imperan las características psicológicas que configuran su forma de ser y se ha de otorgar soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física. La libre autodeterminación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental.

La Ley establece que el concepto de identidad de género se refiere a la “vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género está generalmente acompañada del deseo de vivir y recibir aceptación como miembro de dicho género e incluso del deseo invencible de modificar, mediante métodos hormonales, quirúrgicos o de otra índole, el propio cuerpo, para hacerlo lo más congruente posible con el sexo-género sentido como propio”. En este punto vemos claramente la diferencia entre el concepto de transexualidad, donde se puede cumplir esta finalidad física y el concepto de transgénero, donde no tenemos por que encontrar el deseo invencible de modificar hormonal o quirúrgicamente el propio

existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

cuerpo, pues se puede considerar que sin estas modificaciones ya es congruente con el sexo-género sentido como propio. Como esta Ley habla sobre transexualidad podemos verlo coherente, pero es necesario dejar constancia de la complejidad conceptual y física de la identidad, donde no todas las personas tienen que buscar lo mismo para sentirse cómodas. También continúa la Ley en esta línea, basándose en el respeto a la idiosincrasia individual, el comportamiento y la evolución de cada persona transexual que muestran su lucha por reconocerse y aceptar su propia identidad, así como por desarrollarse socialmente en el sexo-género al que siente que pertenece. Las dificultades que se encuentran en este proceso son incontables y de toda índole y el sufrimiento que provocan es considerable. Es necesario por tanto crear un marco normativo que facilite este proceso, permitiendo la progresiva adaptación de la persona y el desarrollo completo de sus potencialidades humanas. La dignidad de las personas reafirma su cualidad subjetiva y exige el respeto a su esfera de autodeterminación personal libre de injerencias y discriminaciones, así como el establecimiento de las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad, con la que indisolublemente va asociada como fundamento de los derechos. En esta condición, la dignidad de la persona también se constituye en parámetro fundamental de la actividad del Estado constitucional y de la sociedad democrática, demandando de los poderes públicos de cualquier nivel no solo una actitud de respeto, sino también la actitud positiva de contribuir a establecer las condiciones necesarias para su efectiva realización.

En el ámbito normativo establece que La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye en su artículo 21 la orientación sexual como una causa odiosa de discriminación. El artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a la lucha contra la discriminación, entre otros motivos, por la orientación sexual. Conecta y concreta para el ámbito de la Comunidad Autónoma con la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2012 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011), en cuya Recomendación general 98, lamentando «que en varios Estados miembros todavía se considere que los transexuales son enfermos mentales», «insta a los Estados miembros a que introduzcan o revisen los procedimientos de reconocimiento jurídico de género, de acuerdo con el modelo de Argentina, y revisen las condiciones establecidas para el reconocimiento jurídico de género (incluida la esterilización forzosa)», al tiempo que «pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y de comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos». La Ley se instala en el paradigma normativo de la completa «despatologización», esto es, se abandona la consideración de la transexualidad como una

enfermedad a la que se intenta dar una solución jurídica por no existir «curación» para ella y, por tanto, el ejercicio del derecho se desvincula de la necesidad de aportar diagnósticos médicos previos que acrediten una disonancia estable entre el sexo biológico y la identidad de género sentida como propia y en un planteamiento integral para responder a todas las necesidades de las personas transexuales, estableciendo los elementos articulares que después habrán de ser desarrollados y concretizados con las reglamentaciones, procedimientos y otras actuaciones necesarias.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, por su parte comienza el preámbulo diciendo que el objetivo de la presente Ley es desarrollar y garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales (LGBTI) y evitar a estas personas situaciones de discriminación y violencia, para asegurar que en Cataluña se pueda vivir la diversidad sexual y afectiva en plena libertad. Especifica y aclara esta norma que utiliza el término «transgénero» para referirse a las personas que se sienten del sexo contrario al que se les ha atribuido al nacer según sus características biológicas y a las personas que no se identifican exactamente ni con un hombre ni con una mujer según la concepción tradicional de los géneros, todo ello independientemente de que estas personas se hayan sometido o no a una intervención quirúrgica. Las personas transexuales, pues, quedan incluidas dentro de la denominación de personas transgénero. Así mismo, la transexualidad está incluida dentro de la denominación genérica «transidentidad», que designa la condición o calidad de transgénero. Resume esta Ley que en el ámbito del Estado, se han llevado a cabo, en el ámbito jurídico, una serie de iniciativas legislativas, entre las que cabe destacar: la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que hemos visto anteriormente; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículos 27 a 43); la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el ámbito europeo deben mencionarse las resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, relativas a la igualdad de derechos de lesbianas y gays y a la lucha contra la discriminación y la homofobia; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y el artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, mediante el cual se consagra, entre otros, la prohibición de discriminación por orientación sexual como derecho primario de la Unión. Esta Ley de temática

específica permitirá ampliar el marco normativo en el ámbito LGBTI y servirá para conseguir reducir la discriminación y fomentar valores de igualdad, respeto y tolerancia entre la ciudadanía.

A pesar de que la aportación, recopilación y sistematización de datos es difícil, puesto que la aparición de los primeros indicadores oficiales es muy reciente, las estadísticas con las que se cuenta dan indicios suficientemente claros de que la discriminación por motivo de orientación sexual, identidad de género o expresión de género sigue produciéndose. Faltan datos e indicadores, pero todo lleva a pensar que los casos reales son muy superiores a los que nos muestran las estadísticas. En este sentido, uno de los objetivos de la presente Ley es promover estudios que faciliten datos reales de la situación y regular la garantía estadística en la recogida de datos. Otro ámbito regulado por la presente Ley es el de la necesaria formación y sensibilización de cualquier profesional que en algún momento de su carrera pueda tener que enfrentarse a un caso relacionado con la discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, así como del deber de intervención, entre otros temas, como el establecimiento de la inclusión, en los ejes de las políticas de cooperación y solidaridad del Gobierno, de proyectos de cooperación que defiendan y reconozcan los derechos humanos de las personas LGBTI. La Ley contiene un apartado específico para las personas transgénero y las personas intersexuales, dada la carencia de derechos que han sufrido históricamente. La presente Ley quiere avanzar, pues, en el reconocimiento de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales en tres sentidos. En primer lugar, completando la legislación sobre los derechos y libertades de estas personas; en segundo lugar, para garantizar el desarrollo básico de las competencias que tiene la Generalidad y que le han sido encomendadas mediante las hojas de ruta que han marcado los planes de Gobierno, y, en tercer lugar, para cumplir y complementar la legislación existente, el Estatuto de autonomía, la normativa estatal y la normativa europea en materia de derechos y deberes de las personas.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Se establece en el preámbulo que los poderes públicos regionales «promoverán políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas» artículo 7.13 del Estatuto de Autonomía de Extremadura. Esta Ley quiere amparar a todas las personas víctimas de agresiones por identidad u orientación sexual en cualquier ámbito, garantizando que los delitos de odio no cuenten con ninguna cobertura legal, institucional, política o social, porque, a pesar del claro y evidente avance en nuestra sociedad, todavía se esconden resquicios de odio y prejuicio hacia las personas con una orientación no heterosexual. Así, la homofobia, lesbofobia, bifobia y transfobia sigue estando

presente en nuestros días. Esta Ley pretende abarcar toda la vida de una persona LGBT, es decir, que parte de una perspectiva global e integral a la hora de hacer frente a la homofobia, lesbofobia, bifobia y transfobia.

Cita, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los principios de Yogyakarta, la Resolución 17/19 de 2011 del Consejo de Derechos Humanos y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también es preciso destacar las resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, relativas a la igualdad de derechos de lesbianas y gays y a la lucha contra la discriminación y la homofobia así como la resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En España, dice esta norma que la igualdad está regulada dos veces en la Constitución, en el artículo 14 y el artículo 9.2. Así, en aplicación de los preceptos constitucionales, la legislación española ha ido evolucionando para recoger una serie de cambios y de avances en materia de igualdad de sexos, y después a aspectos referentes a las parejas de hecho, parejas de hecho de personas del mismo sexo, o matrimonio entre personas del mismo sexo, así como del ejercicio de los derechos relacionados con estas figuras jurídicas: el 30 de junio de 2005 se aprobó una importante y trascendental modificación del Código Civil que permitió el matrimonio de personas del mismo sexo, y como consecuencia de ello, otros derechos de envergadura como la adopción conjunta, la herencia y la pensión. El 26 de mayo de 2006, el Gobierno modificó la Ley de reproducción asistida, permitiendo a la madre no biológica reconocer legalmente como hijos a los niños nacidos en el matrimonio entre dos mujeres.

En las comunidades se han venido produciendo los siguientes avances: Cataluña aprobó en 1998 la primera Ley de parejas de hecho pero que no permitía la adopción conjunta por parejas homosexuales. En el año 2000, Navarra aprueba una ley similar que sí permitía la adopción de menores por parejas homosexuales. En el año 2003 la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, reconoce de forma efectiva el Derecho de no discriminación por razón de pertenencia a un grupo familiar, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas constituidas en pareja de hecho, con independencia de su sexo. En materia de discriminación por razones de orientación sexual, identidad y expresión de género, el País Vasco legisló de forma expresa contra la discriminación de las personas transexuales en virtud de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de

género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. La Comunidad Autónoma de Galicia en virtud de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. La Comunidad Autónoma de Andalucía mediante la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, fue la primera norma donde se recoge la protección de los menores transexuales. La Comunidad Autónoma de Cataluña con la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. En ella se incorpora por primera vez un régimen de sanciones ante las infracciones que se cometan en materia de igual y no discriminación de personas LGBTI. Y, finalmente, la Comunidad Autónoma de Canarias aprobó la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. En la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Estatuto de Autonomía reconoce e impulsa el respeto y la garantía de los derechos de libertad e igualdad y participación de todos los extremeños. En el año 2011, como fiel reflejo de la evolución social que vive Extremadura y a petición del movimiento asociativo LGBT, se añade un apartado 13 al artículo 7 del Estatuto de Autonomía que demanda de los poderes públicos regionales «políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas».

La regulación legal contempla y reconoce para su respeto y protección a todos los colectivos que puedan resultar afectados por la discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género: gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales. Se establece que la bisexualidad es quizás la realidad más desconocida, invisibilizada y obviada a día de hoy de todas las realidades particulares que engloba el colectivo LGBTI, siendo por tanto una necesidad social el reconocimiento de su existencia y el desarrollo de acciones de visibilización y la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de este colectivo. Se establece en la Ley un reconocimiento y tratamiento específico de personas transexuales y personas transgénero, por cuanto que entiende que la transexualidad sería aquella situación en que no coincide el sexo biológico con el género o sexo sentido y, para ajustarlos, la persona ha realizado o piensa realizar una reasignación total de sexo. Y transgénero sería aquella otra situación en la que, no coincidiendo tampoco el sexo biológico con el sentido, la persona no ha realizado y/o no piensa realizar una reasignación total de sexo. En Extremadura, se hace necesario un reconocimiento de la atención social y sanitaria completa de las personas transexuales y transgéneros. También contempla la ley la intersexualidad, término que se aplica a las personas cuyo sexo biológico no

puede ser clasificado claramente como hombre o mujer, por tener atributos biológicos de ambos sexos o carecer de algunos de los atributos considerados necesarios para ser definidas como de uno u otro sexo. Se trata de una realidad escasamente conocida y tratada en la realidad española, pero que merece una atención específica por sus propias particularidades y por representar una dificultosa y constante búsqueda de la verdadera identidad. Es preciso poner especial énfasis, en la protección del interés de los menores intersexuales. La protección de las personas intersexuales exige el reconocimiento de la diversidad de los cuerpos humanos y la erradicación del prejuicio según el cual existe un único patrón normativo de corrección corporal, que lleva a que menores intersexuales sean operados en la infancia para ser asimilados al patrón normativo de hombre o mujer, sin saber cuál es la identidad de género de dicha persona, pudiendo condicionar gravemente la vida de la persona intersexual. Por todo ello, la Ley tiene la máxima pretensión de prevenir, corregir y eliminar toda discriminación por razones de orientación sexual, expresión e identidad de género o diversidad corporal en cualquier ámbito de la vida, y en particular en las esferas civil, laboral, social, sanitaria, educativa, económica o cultural, estableciendo un sistema de infracciones y sanciones que garantice que la igualdad y la no discriminación sea real y efectiva.

Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Establece en el preámbulo que la transexualidad es un fenómeno presente en todas las culturas de la humanidad y en todo tiempo histórico. Los estudios científicos de todo orden nos enseñan que las manifestaciones de identidad de género del ser humano son variadas y que cada cultura hace su propia interpretación de este fenómeno. Las respuestas que las distintas sociedades han dado a esta realidad humana han sido muy diversas a lo largo del tiempo y en las distintas geografías de nuestro mundo. Algunas sociedades han aceptado en su seno una realidad de género no estrictamente binaria y han articulado mecanismos sociales y leyes que promueven la integración de las personas trans en la sociedad. Otras, por desgracia, han manifestado diversos grados de rechazo y represión de las expresiones de identidad de género provocando graves violaciones de los derechos humanos de las personas trans.

La definición del sexo/género de una persona va mucho más allá de la apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento del nacimiento, y –como estableció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras una decisión adoptada por unanimidad, en dos importantes sentencias de 2002– no es un concepto puramente biológico, sino, sobre todo, psicosocial. Se ha de otorgar soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física. La libre determinación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental, parte inescindible de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las personas trans en nuestra sociedad han protagonizado una larga lucha para conseguir desarrollarse socialmente en el género al que sienten pertenecer. Es necesario por tanto crear un marco normativo que facilite este proceso, permitiendo la progresiva adaptación de la persona y el desarrollo completo de sus potencialidades humanas. Sin embargo, el proceso de reconocimiento de la identidad de género en la sociedad occidental está lejos de concluir. Durante cerca de setenta años la transexualidad ha figurado como enfermedad en los principales manuales de diagnóstico y en las principales clasificaciones de enfermedades como la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-IO) de la Organización Mundial de la Salud o el Manual de diagnóstico de enfermedades psiquiátricas DMS-R de la American Psychiatric Association (APA) bajo los calificativos de «trastorno de la identidad sexual» o «desorden de la identidad de género» cuyo diagnóstico médico asociado era la «disforia de género». Al igual que con la homosexualidad, ha hecho falta un largo camino para que autoridades médicas, asociaciones científicas y profesionales reconsideraran esta clasificación médica en sus bases científicas, valoraran los componentes de prejuicio que la componen y el efecto estigmatizador de dichas clasificaciones. Recientemente, la propia American Psychiatric Association ha retirado su diagnóstico de trastorno de la identidad de género y son muchas las voces que abogan en los terrenos científicos y sociales por la definitiva despatologización de la transexualidad y por la consideración de la misma como una más de las manifestaciones de la diversidad sexual del ser humano, ya que aunque la American Psychiatric Association lo ha retirado como trastorno de la identidad de género sigue permaneciendo en el mismo manual de trastornos con el epígrafe de «disforia de género». En este proceso de reconocimiento se han dado ya muchos pasos a nivel global, europeo y nacional, al convertir el tratamiento de la identidad de género en cuestión de derechos humanos.

En el ámbito de la Unión Europea, que en este texto se trata ampliamente, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad». Y prohíbe de forma expresa en el artículo 21 toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Sobre esta base la Unión Europea ha construido un sólido cuerpo de normas y resoluciones dirigido a garantizar la libre manifestación de identidad de género de sus ciudadanos sin discriminación. Es necesario mencionar por su pertinencia el caso, las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales, aprobadas por el

Consejo de la Unión Europea el 24 de junio de 2013 o los informes de la Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea sobre la homofobia, transfobia y discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de los años 2010 y 2014. La jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos ha dictado igualmente diversas resoluciones desde que se pronunciara expresamente por primera vez en el caso *P. v. S. and Cornwall Council Country* en 1996. En el ámbito del Consejo de Europa, incide finalmente en esta materia el informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa de julio de 2009 y la Recomendación CM/REC 2010 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género, adoptada el 31 de marzo de 2010. Todas estas normas y resoluciones establecen un marco normativo en el que se solicita a los Estados el reconocimiento de las libres manifestaciones de identidad y expresión de género, la prohibición de toda discriminación por dicha causa, el apoyo médico a las personas trans y el establecimiento de procesos legales claros y transparentes que hagan posible y efectivo dicho derecho.

Resulta por todo lo expuesto, esencial el reconocimiento legal del derecho a la identidad de género de toda persona en un ejercicio libre y sin presiones legales o sociales como corolario de los Derechos constitucionales a la igualdad de todos los ciudadanos y al libre desarrollo de su personalidad. Y como concreción de dicho reconocimiento, garantizar que la ley aplicable a las personas no las patologiza o somete a condición de prejuicio sobre su capacidad, dignidad y habilidades. Ha de entenderse que la mayoría de las personas trans no demandan que se les preste apoyo médico porque se sientan enfermas sino por los obstáculos sociales que encuentran a su libre desarrollo como personas que realizan una manifestación libre de su género. Las personas trans no son, sin embargo, un colectivo homogéneo ni en sus pretensiones respecto a la manifestación de su identidad en el campo social ni en sus requerimientos de asistencia, por lo que no procede imponer itinerarios únicos o modelos estereotipados de identidad que puedan convertirse a su vez en vulneraciones de los derechos de dichas personas. Como reconoce la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de las personas transexuales, ha de ser cada persona quien establezca los detalles sobre su identidad como ser humano.

Para terminar con este apartado donde hemos visto y contextualizado tanto la normativa internacional, la europea y nacional en pro de la transexualidad, en muchas ocasiones el fomento de su despatologización y la eliminación de las fobias relacionadas con la identidad de género u orientación sexual así como el aumento de los derechos asociados a esta materia, vamos a ver someramente el Decreto 234/2015, de 22 de diciembre, sobre la documentación administrativa de

las personas transexuales del País Vasco. La cual, en la línea de las normas que hemos visto anteriormente, establece que parte de la premisa de que la configuración del sexo de una persona va más allá de la simple apreciación visual de sus órganos genitales externos, presentes en el momento del nacimiento. Resulta innegable que en el Estado español, al igual que en el panorama internacional, se ha experimentado también una clara tendencia en pro de posicionamientos que promulgan la despatologización de la transexualidad. Ahora bien, la complejidad de la situación de estas personas requiere una atención integral que va más allá del ámbito meramente registral. En el primer artículo se manifiesta, precisamente, que su objeto es regular la documentación administrativa de la que las personas transexuales pueden disponer en tanto no hayan procedido a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en el Registro civil o, en el caso de las personas inmigrantes con residencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi, hasta el momento en que las mismas puedan proceder al cambio registral en el país de origen.

Con lo que terminamos el *excurso* para pasar a analizar la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, con la que nos quedaremos hasta el final del trabajo, por ser la principal regulación del Derecho de asilo en el Estado español y a través de la que se ha incluido el motivo de género y el de orientación sexual, que analizaremos posteriormente.

4.3. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria

Desde una perspectiva nacional, esta Ley introduce una serie de disposiciones, dentro del margen que comporta la normativa internacional y europea, que responden a su voluntad de servir de instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas refugiadas.

Las principales incorporaciones que realiza la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria que vamos a analizar de forma detallada en este trabajo son: la protección subsidiaria, la incorporación del motivo de género, el cese y la exclusión, la incorporación del motivo de orientación sexual, incorporación de los agentes de persecución no estatales, la eliminación de la posibilidad de solicitar protección internacional en Embajadas y Delegaciones Consulares, la ampliación de los supuestos de extensión y reagrupación familiar.

Como veremos posteriormente de manera específica, muchas de estas incorporaciones son coherentes y van en la línea de la necesidad de realizar cambios en el cómputo global de la

legislación para poder incorporar el motivo de género y el de orientación sexual.

4.3.1. Principales incorporaciones

La Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, permite satisfacer la necesidad de incorporar el amplio elenco de actos normativos de la Unión Europea, las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina nacional, internacional y en la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hemos visto anteriormente y con el objeto de mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional. Vamos a analizar cada una de las incorporaciones por separado para pasar posteriormente a analizarlas en su conjunto.

4.3.1.a) Protección subsidiaria

En el preámbulo se establece que “en el Título Preliminar se establece la finalidad de la Ley y el objeto material de regulación, determinando el contenido de la protección internacional integrada por el Derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria. Este segundo tipo de protección internacional se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento de forma explícita, mejorando significativamente la actual situación, en la que esta protección se ha venido aplicando sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria contenidas en la Ley”.

“La reconducción a la legislación de extranjería de nuevas formas de protección que surgen recientemente en los ordenamientos nacionales, y cuyo contenido es menos favorable que el del asilo, es una manifestación de la tendencia de los Estados a mantener e incrementar una cuota de discrecionalidad en el ámbito de los movimientos transfronterizos. En este sentido, el Derecho de asilo se ha pretendido un reducto de la soberanía, una prerrogativa propia, a pesar de la insistencia de la doctrina en que el estatuto no está condicionado a la voluntad de los Estados, sino a la concurrencia de los elementos requeridos para su reconocimiento” (Merino, 2012:86).

Además, el Título I dedica un Capítulo a la novedosa figura, que hasta ahora aparecía configurada como una institución carente de entidad propia y, por ende, desprovista de una regulación detallada de sus elementos constitutivos. Continúa diciendo el preámbulo que la Ley regula la protección subsidiaria siguiendo las mismas pautas utilizadas con el Derecho de asilo. “Consecuencia lógica de la voluntad de unificar en su práctica totalidad ambos regímenes de protección, atendiendo a que, más allá de las diferencias que puedan existir entre las causas que justifican uno y otro, el propósito común de ambos es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no puedan encontrar en sus países de origen”. El procedimiento seguido es único para los dos tipos de protección, lo que, además de resultar coherente con la identificación que la Ley hace de los dos regímenes de protección, permitirá que, al examinar de manera simultánea ambas posibilidades, se eviten dilaciones innecesarias o prácticas abusivas.

Las principales diferencias entre el Derecho de asilo y la protección subsidiaria las podemos resumir en el siguiente cuadro, aunque posteriormente las iremos viendo en detalle.

Tabla 5: Diferencia entre Derecho de asilo y Protección subsidiaria.

	DERECHO DE ASILO	PROTECCIÓN SUBSIDIARIA
Nacionalidad	5 años	10 años
Documento de identidad y viaje	En todo caso	Cuando sea necesario
Riesgo	Ser perseguida	Objetivo de sufrir daños graves
Cesación	8 supuestos	3 supuestos
Estados de origen	Mayor cautela en las relaciones con su Estado de origen	
Regulación	En tratados Internacionales	No está regulado en tratados internacionales de ámbito no regional

Fuente: Elaboración propia.

Esta incorporación se encuentra regulada específicamente en el artículo 4, donde se define el derecho a la protección subsidiaria como “el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos [...] en la Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate,

siempre que no concurra alguno de los supuestos de exclusión mencionados en la Ley (artículos 11 y 12)”. En el Capítulo II encontramos “las condiciones para la concesión del derecho a la protección subsidiaria” como son los “daños graves”, considerando como tales (art.10): a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”.

La protección subsidiaria que encontramos regulada en la Ley 12/2009 no es una reformulación del artículo 17.2 de la derogada Ley de Asilo de 1984, sino que se trata de instituciones cualitativamente diferenciadas, como ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia en la Sentencia de 24 de febrero de 2012 (RC nº 2476/2011). En la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, se atendía a un caso en el que la Administración concedió protección subsidiaria en lugar de estatuto de refugiada a una mujer siria, el tribunal señala que la sala de instancia incurrió en un error de derecho, al no reconocer dicho estatuto. Considera que, aunque no existe prueba plena de persecución, se habría desvalorizado, sin justificación alguna, el informe emitido por ACNUR de 30 de mayo de 2014 y el elaborado por ACCEM. El Tribunal Supremo considera que la decisión del Gobierno español de no retornar a su país de origen a los ciudadanos procedentes de Siria para paliar el potencial riesgo de amenazas graves contra sus vidas o integridad, concediendo protección subsidiaria, no puede ser obstáculo para que no se reconozca el estatuto de refugiada en este caso a la solicitante, cuando se estima que concurren los presupuestos legalmente exigidos para reconocer dicha condición. La resolución judicial recuerda que si bien la situación de conflicto bélico en un país conlleva la concesión de protección internacional, no puede determinar el nivel de protección y que es imprescindible analizar de manera particular cada caso. En términos similares se expresa el Tribunal Supremo en otra sentencia de 19 de febrero de 2016, en la que se reconoce el derecho a obtener el estatuto de refugiado de los demandantes por no estimarse suficiente la concesión de la protección subsidiaria. (STS 569/2016. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª).

La protección subsidiaria ha sido concedida atendiendo a los motivos de orientación sexual e identidad de género argumentando que en el país de origen se penalizan los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, en los casos en los que no se haya podido probar la perpetración efectiva de la persecución individualizada o en los casos que se acredite haber sufrido torturas o riesgo real a poder sufrirlas por motivos de orientación sexual o de identidad de género. En ocasiones, a las mujeres o personas leídas como tales, se les deniega el estatuto de refugiada y se les concede el estatuto de protección subsidiaria por considerar que los actos de

violencia cometidos contra ellas constituyen tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes y no persecución. Existen también reticencias por parte de los tribunales a calificar la violación, la violencia machista en pareja o la MGF como tortura. Sin embargo, recordemos que existe jurisprudencia que califica: a) la violación como tortura si es llevada a cabo por un agente estatal (*Aydin c. Turquía*) y como trato contrario al artículo 3 de CEDH, sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante, si es cometida por un agente no estatal (*M.C. c. Bulgaria*); b) la MGF como trato contrario al artículo 3 del CEDH sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante (*Collins y otra c. Suecia*); y c) la violencia machista en pareja como trato inhumano o degradante (*Opuz c. Turquía*). Esto supone un cambio a la hora de percibir la violencia contra las mujeres, por ser considerada como tortura, pasa de ser un tema privado a una cuestión de derechos humanos. La Convención contra la Tortura considera como tortura también es la “infligida por, o instigada por, o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público”¹⁰³, lo que permite calificar como tortura actos que se consideran producidos en el ámbito privado como por ejemplo la violencia contra las mujeres pese a que ésta se produzca por agentes no estatales, por contar con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público. Así, detectar el sesgo androcéntrico que impregna la definición de tortura y evidenciarlo es de gran importancia para facilitar un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las personas que sufren persecución por motivo de género y orientación sexual.

4.3.1.b) Motivo de género

Ya hemos venido anunciando a lo largo de este trabajo que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, incorpora de manera novedosa el motivo de género, así, encontramos ya establecido en el preámbulo que “en el Título I dedicado a los requisitos que deben cumplirse para dar lugar a la concesión del Derecho de asilo derivado del reconocimiento de la condición de persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria. Se detallan y delimitan, también por vez primera, todos los elementos que integran la clásica definición de refugiado: persecución, motivo de persecución y

¹⁰³ El artículo 1 de la Convención contra la Tortura dispone que a los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

agente perseguidor. Es en este Título en el que encuentran cabida algunos de los aspectos más innovadores de la Ley, con especiales referencias a la dimensión de género en relación con los motivos que, en caso de existir persecución, pueden conducir a la concesión del estatuto de refugiado” y lo encontramos regulado en el artículo 3, donde se 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.” a pesar de que posteriormente en el artículo 7 se establece que “Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”. Lo que exige el conocimiento de la situación de cada país por parte de las autoridades nacionales competentes. Esta restricción, además de ser un justificante para la denegación, discrimina estos motivos 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. O que se puede interpretar como una falta de reconocimiento pleno de que esa persecución motivada por el género o la orientación sexual constituya por sí misma una violación de derechos humanos fundamentales (CEAR, 2010) que pasaremos posteriormente a analizar en profundidad.

Como se ha venido estableciendo en este trabajo, tradicionalmente se ha interpretado la Convención de 1951 en un marco referencial de experiencias masculinas a las que se asimilan las experiencias femeninas, pero que no se adapta ni establece de forma diferenciada atendiendo a las circunstancias y características propias de cada persona. Esto ha significado, por ejemplo, que el daño que ocurría en la “esfera privada” no se reconociera necesariamente como una persecución o no se considerara relacionado con un motivo de la Convención de 1951. Como consecuencia, la variedad de formas en las cuales las mujeres, o personas leídas como tales, pueden manifestar sus discrepancias políticas y religiosas no siempre se reconocía como relevantes en referencia a su elegibilidad para la condición de persona refugiada. No todas las persecuciones sufridas por las mujeres están relacionadas con su género, y en muchos casos ellas sufren el mismo tipo de persecuciones y por las mismas causas que los hombres. Por tanto, a pesar de encontrarnos con un motivo establecido por razón de género, este no debe ser establecido como un motivo de mujeres y para mujeres. Desde mediados de la década de 1980, ha habido un reconocimiento creciente a los modos en los cuales el género de una persona que solicita protección internacional puede afectar su

petición y el establecimiento de la condición de persona refugiada. Siguiendo las directrices de ACNUR sobre género¹⁰⁴, la “persecución por motivos de género” es un concepto que carece de un sentido legal *per se*. Se utiliza para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de la persona refugiada. El Derecho es guardián de la identidad por medio de su función de guardián de la diferencia (de Lucas, 2002).

4.3.1.c) Cese y exclusión

En el Título I de la Ley 12/2009, se incluyen igualmente, y con un detalle sin precedentes en nuestra legislación, las correlativas causas que determinan el cese o la exclusión del disfrute del Derecho de asilo. En el Título IV se regulan las figuras de la revocación y el cese de la protección internacional. En este sentido, se regulan las causas que motivan cada una de dichas decisiones administrativas respecto a las personas beneficiarias del estatuto de refugio o de la protección subsidiaria. El Título da respuesta, así, a las nuevas exigencias derivadas de los más recientes actos jurídicos de la Unión Europea e introduce medidas adecuadas para evitar que quienes puedan suponer un peligro para la seguridad del Estado, el orden público o que desarrollen actuaciones incompatibles con el estatuto de protección internacional puedan beneficiarse de ésta. Estas circunstancias las veremos con detalle en el procedimiento.

4.3.1.d) Motivo de orientación sexual

Este motivo no lo encontramos previsto en el preámbulo de la legislación como el de género que hemos visto anteriormente, algo que ya nos muestra desde el principio la escala de importancia que este término va a adquirir. Lo encontramos establecido por primera vez en la Ley 12/2009 en lo que a Derecho de asilo y refugio en el Estado español se refiere, y lo encontramos regulado en el artículo 3 en la definición de persona refugiada, como uno de los motivos de persecución. Cuando el artículo 7 de la Ley establece los motivos de persecución, encontramos el

¹⁰⁴ ACNUR. *Directrices sobre protección internacional*. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de 1967.

lugar que la Ley le tenía reservado, pues se establece que en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. En ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español, que veremos con detalle posteriormente.

Antes de que los artículos 3 y 7 de la Ley 12/2009 regularan como motivo explícitamente la orientación sexual, 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 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.

4.3.1.e) Agentes de persecución no estatales

En el Capítulo III de la Ley 12/2009 donde se establecen las Disposiciones comunes para el Derecho de asilo y la protección subsidiaria, encontramos el artículo 13 en el que se establecen “Agentes de persecución o causantes de daños graves.” y en el que podemos leer que los agentes de persecución o causantes de daños graves “podrán ser, entre otros: a) el Estado; b) los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio; c) agentes no estatales, cuando los agentes mencionados en los puntos anteriores, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves”. “Esta incorporación es bastante novedosa e importante, pues el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha centrado en violaciones de derechos humanos cometidos por el Estado, en primer lugar porque el Derecho internacional evolucionó como un conjunto de normas destinadas a regular las relaciones entre Estados y, aún hoy permanece centrado en esto; segundo, porque los derechos civiles y políticos tienen una posición privilegiada dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su práctica, este dominio de los derechos civiles y políticos ha supuesto una preocupación por poner límites al poder del Estado en lugar de enfatizar las obligaciones positivas en asegurar el disfrute de derechos; y en tercer lugar, porque las normas

internacionales relativas a la vida familiar exigen a los Estados proteger la institución familiar, consagrando el Derecho de la privacidad de la familia, confundiendo la esfera privada masculina (privacidad) con la esfera privada femenina (doméstica) y partiendo de la idea equivocada del hogar familiar como santuario de seguridad y de las relaciones familiares como relaciones de respeto y apoyo” (Thomas y Beasley, 1993 en Miguel 2014:93).

Los procesos políticos, jurídicos y sociales por los que se construye la dicotomía público privado, reflejan y refuerza relaciones de poder. En este proceso, determinadas actividades son reconocidas como definitorias del ámbito público y otras como características del ámbito privado. Lo que puede entenderse por “ámbito público” cambia entre diferentes clases sociales, grupos étnicos, o según diferentes regiones dentro de un mismo país, o entre zonas rurales y urbanas, si bien la característica común de la dicotomía público/privado en diferentes contextos es la atribución de menos valor económico, social y político a las actividades de las mujeres, lo que es definido como vida privada.

En principio, los Estados no son responsables por los actos que son incompatibles con los estándares de conducta que el Estado está obligado a observar llevados a cabo por personas privadas. Aunque los individuos han adquirido estatus dentro del Derecho internacional de los derechos humanos, dicho estatus es como beneficiarios de derechos, como litigantes frente al Estado más que como perpetradores de una violación. Por ello, individuos cuyos actos u omisiones son contrarios por ejemplo a la CEDAW no tendrían, en principio, ninguna responsabilidad internacional. Sin embargo el Estado es responsable por no cumplir con sus obligaciones internacionales incluso ante conductas llevadas a cabo por individuos: un Estado no es internacionalmente responsable por un acto privado de discriminación sexual *per se*, pero está obligado a ejercer la debida diligencia para eliminar, reducir y mitigar la incidencia de la discriminación a manos de agentes privados (Cook, 1994). De ahí el interés en dejar claro cuáles son las obligaciones positivas de los Estados y el alcance del deber de “debida diligencia”.

La conducta “privada” de una persona puede indirectamente indicar la falta de diligencia del Estado, en el caso de la Ley de asilo, cuando estos no pueden o no quieren proteger a la persona perseguida. De este modo los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han aplicado la teoría clásica de la responsabilidad del Estado realizando una interpretación más amplia e inclusiva de algunos instrumentos internacionales como el PIDC, el CEDH y la CIDH. De conformidad con esta interpretación, algunos instrumentos internacionales imponen obligaciones positivas a los Estados para prevenir y responder de ciertas vulneraciones de derechos humanos cometidas por personas individuales.

4.3.1.f) Eliminación de las solicitudes en Embajadas y Delegaciones Consulares

La Ley 12/2009 regula este supuesto en el Capítulo VI “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” donde podemos leer en el artículo 38 que “con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”.

Esta incorporación, como veremos más profundamente cuando hablemos del específico tema del género, perjudica a las personas leídas como mujeres o con un género o un sexo o preferencia sexual disidente que no se ajustan a la norma heteropatriarcal, estas personas, en muchas ocasiones se encuentran en una situación socio-económica desfavorable o desventajosa en sus lugares de origen y por estos motivos no tienen los medios suficientes que les permitirían llegar hasta nuestro territorio para solicitar protección internacional, a lo que podemos sumar el control militarizado y la externalización de fronteras, las responsabilidades que obligan a asumir a las compañías de transporte¹⁰⁵. Por tanto se les impide el derecho a tener derechos, La supresión de este derecho se ha “justificado” por asimilación a la normativa de otros países de la Unión Europea, algo que es objetivamente incierto, pues esta posibilidad la encontrábamos en 2010 en la legislación de Bulgaria, Francia, Holanda, Reino Unido, Suiza, Bélgica, Alemania, Irlanda, Luxemburgo y Portugal¹⁰⁶. Para entrar en el Estado español se exige visado a las personas provenientes de 134 Estados y territorios, entre los que se encuentran todos los de África, un total de 53 Estados. África es el único continente en que a la totalidad de sus habitantes se les obliga a disponer de un visado para viajar a cualquier país de la Unión Europea. Sin embargo de los 53 Estados de África solo hay representación diplomática española en la mitad, 27. “Si el fundamento del Derecho de asilo como derecho político es la solidaridad democrática sólo con las víctimas de persecución política, quizá

¹⁰⁵ El artículo 66 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Incorporó una serie de obligaciones a los transportistas que se han ido ampliando en sucesivas modificaciones (LO 14/2003 y LO 2/2009) son obligaciones destinadas al control de las y los pasajeros procedentes de fuera del Espacio Schengen, esto es: los nacionales de cualquier país que no pertenezcan a la UE, ni al Espacio Económico Europeo, ni a países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos y ciudadanas de los Estados mencionados.

¹⁰⁶ Informe CEAR 2010. “*La situación de las personas refugiadas en España.*” El asilo en tiempos de crisis.

habría que reflexionar acerca del alcance de esa noción de solidaridad que entra en contradicción con la de humanidad” (de Lucas, 1995:25-26).

4.3.1.g) Extensión y reagrupación familiar

En la extensión familiar se otorga a la persona de la familia el estatuto de refugiada y en la reagrupación familiar, no se concede propiamente el estatuto sino una autorización de residencia de análoga validez a la de la persona reagrupante, que es la titular de la protección internacional. El Título III de la Ley se destina al mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional. La extensión familiar, regulada en el artículo 40, solo es posible cuando las personas de la familia tienen la misma nacionalidad. Para el supuesto de la distinta nacionalidad existe la posibilidad de la reagrupación familiar, que pretende dar una respuesta más eficaz a los casos en que las personas integrantes de la unidad familiar de la persona protegida no requieren ellas mismas de protección, pero sí de un régimen de residencia y prestaciones que permitan el mantenimiento de la unidad familiar en condiciones óptimas. “La situación jurídica creada por el permiso para la reunificación implicó durante años, hasta que fue reformado, y en cierto modo aún implica, una sumisión de facto de las mujeres a sus marido” (Bedoya, 2000; Cestau, 2012 en Barbero 2017:40) que veremos de nuevo cuando hablemos del específico motivo de género u orientación sexual, pero que adelantamos que “esta situación les impide realizar actividades tan cotidianas, pero tan necesarias para la autonomía personal, como trabajar por cuenta ajena, por temor a perder el permiso de reagrupación. De acuerdo con las normas de extranjería de España, a fin de obtener un permiso de residencia independiente del de sus maridos, estas mujeres tendrían que acreditar convivencia con sus maridos durante al menos cinco años o denunciar ser víctimas de violencia doméstica (esto sólo se puede hacer después de dos años de matrimonio) y ser capaces de demostrar medios económicos independientes (algo casi imposible para muchas mujeres en estas circunstancias durante la crisis económica). En este sentido, [...] si sus maridos caían en la irregularidad -es decir, perdían sus permisos-, ellas y el resto de su familia (hijos e hijas), que dependían del permiso principal del marido, también podrían convertirse en «irregulares» (Barbero, 2017:40-41).

4.3.2. Demás incorporaciones importantes

En todo caso, se introducen previsiones normativas que mejoran significativamente las garantías procedimentales en el examen de las correspondientes solicitudes. Es el caso de la generalización de garantías contencioso-administrativas de carácter judicial, como son las medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya utilización en la práctica es actualmente incipiente y casuística, y la intervención del ACNUR, a la que se dedica el Capítulo IV de la Ley 12/2009, y que supone una garantía del justo funcionamiento del sistema. Esto nos dice el preámbulo de la Ley. Se dotan también de respaldo legal formal a las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional. De este modo, la Ley sanciona al máximo nivel jurídico la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad.

Se ha considerado oportuno en la Ley dedicar un título (el Título V) a menores y otras personas vulnerables necesitadas de cualquiera de las dos modalidades de protección internacional que regula la Ley. La inclusión de este Título y el tratamiento que en él se otorga a las personas a que se refiere constituyen otra novedad, que viene a subsanar la falta de referencias explícitas a ellas, en especial a los menores, y más en concreto a los no acompañados, en nuestra legislación de asilo. Se profundiza en la mencionada línea garantista derivada del interés superior del menor y de la voluntad de evitar discriminaciones por razón de género o que afecten a personas con discapacidad, personas mayores y otras en situación de precariedad, pues alcanza a todos los ámbitos del sistema de asilo.

En la parte final de la Ley, reservada a las disposiciones que prevén regímenes especiales, situaciones transitorias, derogaciones normativas o desarrollos reglamentarios, así como la previsión de su entrada en vigor, se destaca como otra novedad en el ordenamiento español la habilitación al Gobierno para que lleve a cabo programas de reasentamiento en colaboración con el ACNUR y, en su caso, con otras Organizaciones Internacionales relevantes, con la finalidad de hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de pueblos de la tierra. La intervención del ACNUR ha sufrido un cambio significativo en la ley vigente con respecto a la anterior, particularmente en la posibilidad de que ACNUR pueda establecer un «veto» en el procedimiento en frontera. Los informes del ACNUR no son vinculantes en ninguno de los procedimientos, aunque se reconoce su relevancia.

En la Ley 12/2009 encontramos también la supresión del Derecho de protección a la ciudadanía europea, pues solo se reconoce el derecho a solicitar protección internacional a las personas “*nacionales no comunitarias*” regulado en el artículo 2 de la Ley 12/2009. Esto se establece por el espíritu de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, esta incorporación se realiza por iniciativa de España, que alega que “la noble institución del asilo no puede ser empleada por los peores delincuentes, especialmente vinculados con el terrorismo, como instrumento de propaganda e impunidad”. Pero claro, esta supresión no significa, ni mucho menos, que en el seno de los países que pertenecen a la Unión Europea no se violen los derechos humanos ni se den motivos para solicitar asilo y refugio, además esta incorporación la podemos considerar como una solución regresiva respecto a la legislación anterior.

Ahora pasamos a analizar el Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009, porque el Reglamento definitivo aún no se ha aprobado y por tanto no podemos aventurar su análisis. Este margen hasta su aprobación hace de este trabajo una investigación que se mantiene viva, por las posibles modificaciones que pueda encontrar en el camino este Borrador hasta su aprobación definitiva.

4.4. Estudio del borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009

La disposición final 3ª de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, autoriza al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de esa Ley. Sin embargo, en mayo de 2017 aún no se ha aprobado el Reglamento de desarrollo de la legislación vigente en materia de protección internacional. Por tanto, en la práctica, aún estamos bajo el amparo reglamentario del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Para la realización de este apartado vamos a trabajar y estudiar el borrador de Reglamento, en el cual, como veremos, se aprovecha para incorporar la normativa de la UE pendiente, en concreto, la Directiva 2011/95/UE así como la Directiva 2013/32/UE. En todo caso, de forma expresa no se menciona la transposición de la Directiva 2013/33/UE.

4.4.1. Tramitación del Proyecto de Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009

“Teniendo en cuenta el carácter social y humanitario de los temas que aborda y la necesidad de dar respuestas a la amplia problemática que afecta a los refugiados, resulta indispensable, para una correcta y leal aplicación de la Ley, que el Gobierno proceda a dictar un Reglamento que dé respuesta a todas aquellas medidas que para su completa implementación requieren de un desarrollo de las previsiones legales, desarrollo que no puede dejarse al arbitrio de la Administración, mediante la resolución puntual de los distintas cuestiones que se vayan planteando.” Por todo ello, el Grupo Parlamentario Socialista formula la siguiente Proposición no de Ley en el año 2012: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno, para poder llevar a cabo una aplicación plena de la Ley 12/2009, de 30 octubre, reguladora del derecho de asilo y de la de protección subsidiaria, y a dar cumplimiento a la disposición final tercera de la misma».

Pregunta el Senador D. Rafael Bruguera Batalla del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) sobre el calendario de las medidas que tiene previsto impulsar el Gobierno para el desarrollo de la Ley 12/2009 “[...] le pregunto sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para impulsar el desarrollo de la Ley de asilo, tanto en lo concerniente a su propio Reglamento como al Reglamento de funcionamiento de los CIE, y evidentemente en qué plazo de tiempo lo piensa llevar a cabo”. A lo que el Ministro del Interior responde “[...]Estoy seguro de que convendrá conmigo, señor Bruguera, en que no parece razonable que cuando se ha tardado tres años en no aprobar ese reglamento, nos precipitemos ahora en aprobarlo cuando precisamente el nuestro deberá estar, como no puede ser de otra manera, en sintonía jurídica con la normativa que a nivel europeo confiamos esté aprobada este año. Esperemos, pues, a que concluya el año, esperemos a que el Sistema Europeo de Protección de Asilo esté elaborado y entonces haremos nuestra normativa en plena concordancia jurídica con la europea. Eso es lo que explica la situación actual, y por tanto, tenga usted la absoluta tranquilidad de que en un plazo adecuado y en concordancia con las normas europeas ese reglamento estará en vigor”.

4.4.2. Proyecto de Reglamento de la Ley 12/2009

En el preámbulo del borrador de Reglamento se establece que “una vez completada la

segunda fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) con la publicación el 29 de junio de 2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea de un ambicioso paquete normativo, y con la experiencia extraída de la aplicación práctica de la Ley 12/2009 desde su entrada en vigor, se hace necesario avanzar en la configuración de un sistema de protección internacional en España que responda a mayores estándares de calidad y eficacia, velando por el cumplimiento de las garantías y derechos de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional. Este Real Decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, extranjería y Derecho de asilo”.

Entrando en el contenido del borrador, se establece que “deberá existir una conexión entre los motivos de persecución y los actos de persecución alegados, y éstos habrán de tener carácter personalizado. Para determinar cuándo una persona constituye una amenaza para la comunidad, se tendrá en cuenta, no sólo las circunstancias inherentes al delito por el que fue condenada, sino también el contexto histórico-social existente.”

En el artículo 18 de este borrador del Real Decreto, se establece que “la entrevista, siempre que sea posible, será conducida por persona del mismo sexo del solicitante, si así lo solicitara.” Por tanto, si la persona desconoce que tiene esta posibilidad o no se puede establecer esta solicitud. Se valora positivamente, a la hora de tratar el tema de la extensión familiar, la equiparación de las parejas no registradas a las condiciones de las personas cónyuges, algo positivo, pero que encontramos también registrado en la Ley. También valoramos positivamente que nos permite encontrar una forma de permanencia y no mantener la temporalidad de las migraciones. Es decir, identificar claramente lo que es una protección internacional. Por otro lado se celebran los artículos dedicados a las víctimas de trata en el procedimiento de protección internacional.

De conformidad con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de la ciudadanía a los servicios públicos, se establece también que las autoridades de recepción de solicitudes de Protección Internacional se comunicarán preferentemente entre sí por medios electrónicos. La CIAR podrá constituirse y adoptar acuerdos por medios electrónicos.

El Plan de Formación del Ministerio del Interior incluirá con carácter anual acciones formativas en materia de protección internacional. Los planes de formación específicos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado incluirán la protección internacional en sus programas de formación inicial y continua.

A la hora de establecer el procedimiento, el Reglamento repite los plazos que ya hemos visto en la Ley, “la solicitud de protección internacional se tendrá que presentar tan pronto como se

tenga acceso al territorio nacional y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes”. A pesar de que un mes es muy poco tiempo, sobre todo cuando nos encontramos ante situaciones de desconocimiento o desconfianza en las instituciones y las personas frente a las que se tiene que presentar la solicitud de asilo y teniendo en cuenta que en el resto de Europa se establece una media de 3 meses. A la hora de establecer el plazo para la presentación de la solicitud de protección internacional por causas sobrevenidas, se considera el “plazo de un mes a computar a partir del momento en que hayan acontecido los hechos que justifiquen el temor fundado de persecución”.

Los documentos que sirvan de apoyo a la solicitud de protección internacional, deben estar debidamente traducidos al castellano, pero no encontramos medios para facilitar la traducción de estos documentos. Tanto la asistencia letrada como la de la persona que interpreta se consideran un derecho y no una obligación en algunas partes del procedimiento, algo que puede generar situaciones de indefensión. Se continúa manteniendo el plazo de 6 meses desde la presentación de la solicitud para que se le conceda a la persona la autorización de trabajo, algo que están a tiempo de cambiar, pues durante estos 6 meses se condena a la persona a vivir de las organizaciones o la administración. Algo que puede cambiar y permitiría a la persona trabajar. Nos encontramos ante un tratamiento diferenciado de las solicitudes de protección de víctimas de tortura o violencia física o psíquica, estas se tramitarán con carácter preferente para primar sus necesidades, atendiendo en todo caso a sus circunstancias personales a la hora de determinar el tipo de procedimiento para su tramitación. En puesto fronterizo, velarán por que sus necesidades particulares sean atendidas y reciban la asistencia sanitaria mínima imprescindible.

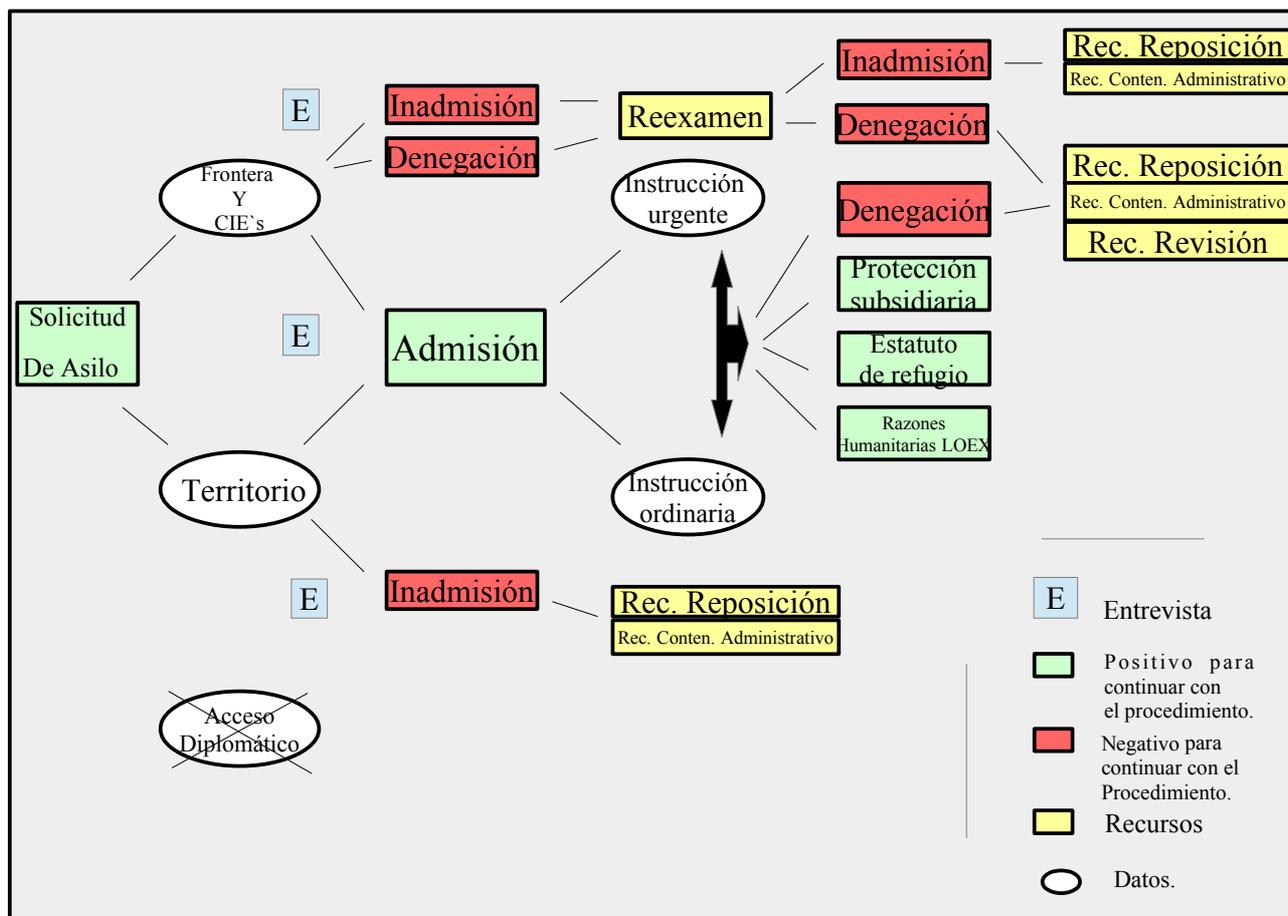
En términos generales, al estar ante un Reglamento de desarrollo deberíamos encontrar más concreción en algunos de sus aspectos. Aunque celebramos la extensión de los argumentos que tratan el procedimiento y la reagrupación familiar, que nos permiten ver como se cierra el círculo en ambos aspectos.

4.5. Procedimiento

El procedimiento seguido para la obtención de la protección internacional es complicado y puede pararse en diversas partes del mismo antes de llegar a su objetivo final, la concesión del derecho y el disfrute del mismo por parte de la persona refugiada. En este trabajo de investigación, para facilitar su estudio, hemos dividido el procedimiento en solicitud, admisión, instrucción,

resolución y recursos. Un apartado específico se dedica a las diferencias y consecuencias del procedimiento de urgencia en relación con el procedimiento ordinario. Así como el estudio de la posibilidad de permanencia en el Estado español por razones humanitarias. Todo este entramado se completa con el diagrama siguiente y el cuadro del Anexo V, donde dividimos el procedimiento entre la posible interpretación amplia y la interpretación estricta del mismo.

Texto 1: Procedimiento de protección internacional seguido en el Estado español.



Fuente: Informe CEAR 2016.

En la Ley 12/2009 encontramos regulado el procedimiento en el Título II denominado “De las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional”. Y donde, como nos dice el Preámbulo del texto legal, “cabe subrayar que este texto mejora la regulación vigente al establecer un procedimiento completo para evaluar la procedencia del estatuto del refugio o protección subsidiaria”. Anticipa el Preámbulo que el procedimiento es único para los dos tipos de protección, al examinar de manera simultánea y, eventualmente de oficio, ambas posibilidades, se evitan dilaciones innecesarias o prácticas abusivas. Como podemos ver en el siguiente cuadro.

En todo caso, se introducen previsiones normativas que mejoran significativamente las garantías procedimentales en el examen de las correspondientes solicitudes. Es el caso de la generalización de garantías contencioso-administrativas de carácter judicial, como son las medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya utilización en la práctica es actualmente incipiente y casuística, y la intervención del ACNUR, al que se dedica el Capítulo IV, y que supone una garantía del “justo” funcionamiento del sistema (las comillas son mías).

“El incremento de solicitudes de protección internacional de ciudadanía siria y las perspectivas de acoger a un importante número de solicitantes, tras los acuerdos en sede europea, así como la conflictividad que existe actualmente en muchos países, ponen de manifiesto la necesidad, no solo de reforzar temporalmente los órganos que tienen asignada la competencia en materia de protección internacional, sino la necesidad de mejorar la coordinación entre órganos y centros directivos de los distintos departamentos ministeriales para la gestión de las solicitudes de protección internacional y de acogida de los solicitantes. Para lograr esta mejora en la coordinación, resulta aconsejable revisar su dependencia orgánica y funcional” (Defensor del Pueblo. 2016:28).

4.5.1. Procedimiento ordinario y procedimiento de urgencia

Como ha expresado el Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de diciembre de 2003, “En definitiva, las solicitudes de protección internacional sólo deben ser tramitadas por el procedimiento de urgencia (con la consiguiente intervención de la CIAR, ex art.25.3) cuando hayan sido formalmente admitidas a trámite, lo que ocurre cuando no hayan sido directamente inadmitidas por la vía del artículo 21.1º en relación con el 20, o cuando no hayan sido directamente denegadas por la expeditiva vía del artículo 21.2º. Cuando se acuerda la denegación por el cauce del artículo 21.2º, la resolución denegatoria es acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante, y que reviste una funcionalidad u operatividad práctica cercana a las «resoluciones de inadmisión», dado que excluye las reglas del procedimiento ordinario y también las del procedimiento de urgencia, y más concretamente excluye la intervención de la CIAR, determinando al fin y a la postre que la solicitud sea rechazada sin haber llegado a ser analizada a fondo”(F.J. 3º).

El artículo 24 regula el procedimiento ordinario, donde se establece que toda solicitud de

protección internacional admitida a trámite dará lugar al inicio del procedimiento, al que se incorporarán las diligencias de instrucción del expediente. Finalizada la instrucción de los expedientes, se elevará a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que formulará propuesta al Ministro del Interior, quien será competente para dictar la correspondiente resolución de concesión o denegación del Derecho de asilo o la protección subsidiaria. El silencio a los 6 meses desde la presentación de la solicitud es negativo.

Por su parte, el artículo 25 establece la tramitación de urgencia, donde se establece que el Ministerio del Interior, de oficio o a petición del interesado, acordará la aplicación de la tramitación de urgencia, notificándose antes a la persona interesada, en las solicitudes en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) parezcan manifiestamente fundadas; b) que hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente, por menores no acompañados; c) que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria; d) que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20.1.d), y del que posea la nacionalidad, o si fuere apátrida, en el que tuviera su residencia habitual; e) que la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes previsto en el apartado segundo del artículo 17; f) que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación.

Los CIE's, llevan el mismo trámite que el seguido en frontera. Aquellas solicitudes que fuesen admitidas se ajustarán a la tramitación de urgencia prevista en el presente artículo. De los expedientes que se tramiten de urgencia se informará a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Será de aplicación lo dispuesto para el trámite ordinario excepto en materia de plazos que se verán reducidos a la mitad. Con las consecuencias para la presentación de documentación acreditativa y el estudio en profundidad de cada caso individual que estos plazos pueden suponer, parecen demasiado cortos para un correcto estudio de cada caso individual.

4.5.2. Solicitud

El Capítulo I de la Ley 12/2009 denominado “De la presentación de la solicitud” establece que “tendrán derecho a solicitar protección internacional, las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español [...] la presentación de la solicitud conllevará la

valoración tanto de las circunstancias determinantes de la condición de persona refugiada, como de la protección subsidiaria. Informándose a la persona que solicita sobre estos supuestos de forma confidencial” (Art. 16). El procedimiento comienza con la presentación de la solicitud, que deberá realizarse, por regla general, mediante comparecencia de la persona interesada, o en caso de imposibilidad, mediante persona representante (Art. 17). La solicitud tendrá que presentarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daño grave. La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista. El sistema habitual de tramitación comienza con la petición de cita y cumplido ese trámite, la persona interesada celebra la denominada primera entrevista, donde narra su historia en la que incluye cuales son los temores de ser perseguida, con o sin asistencia letrada, pues esta solo es preceptiva en las solicitudes de frontera y en las solicitudes que se presentan directamente en la OAR en Madrid.

En el momento de efectuar la solicitud la persona será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de: a) el procedimiento que debe seguirse; b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas; c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional; d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de la solicitante, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo (Art. 17). ¿Pero como lo va a solicitar si no se le ha informado de ello? En muchos casos, como por ejemplo, en el caso de Alexandra y Libia¹⁰⁷ no conocían el Derecho de asilo antes de llegar al Estado español y nadie las informó sobre el derecho a entrevistadora e intérprete mujer, en este caso.

¹⁰⁷ Entrevistadas realizadas para la consecución de esta tesis doctoral, el 10 de noviembre de 2015 y el 23 de febrero de 2017, respectivamente.

Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad. Pero cómo se puede garantizar el pleno respeto de la dignidad e integridad de una persona cuando es registrada ella y sus pertenencias por el mero hecho de solicitar protección internacional. Posiblemente tengamos que esperar a la aprobación del texto reglamentario para ver como se resuelve este supuesto.

Cualquier orden de devolución, expulsión o extradición que tenga pendiente quedará suspendida hasta que se produzca una resolución firme. Las personas que prestan asistencia letrada, lo deberían hacer durante todo el procedimiento y es imprescindible que reciban formación especializada. El ACNUR ha expresado su preocupación por la calidad de la asistencia jurídica que reciben en diversos países las personas que solicitan protección internacional, entre los que cita al Estado español, dado que varía enormemente en función de la persona que preste la asistencia jurídica o intérprete, ACNUR considera que la colaboración de un o una buena intérprete es un requisito indispensable para un procedimiento justo y cuando no se cuenta con una persona cualificada a estos efectos, cualquier prueba obtenida en el curso de la entrevista personal puede ser poco fiable. Respecto a la entrevista, el ACNUR considera que es crucial proporcionar al solicitante la oportunidad de explicar de forma exhaustiva y directa las razones de su solicitud. Por ello, el Defensor del Pueblo recomienda que “todos los Estados miembros elaboren e impartan un programa obligatorio de formación especializada a cada nuevo entrevistador en el momento de su incorporación y antes de empezar a realizar entrevistas personales” (Defensor del Pueblo. 2016: 30). “Durante la entrevista se pueden producir bloqueos del entrevistado como consecuencia de la rememoración que provoca el relato. En estos casos, es usual suspender la entrevista y solicitar al letrado informe psicológico o una nueva entrevista con el psicólogo presente, si es posible. La dificultad, como se ha dicho antes, radica en que muchas entrevistas se celebran sin letrado y la OAR no cuenta con un protocolo para estos casos ni los entrevistadores reciben formación específica para enfrentarse a situaciones de estrés” (Defensor del Pueblo, 2016: 33). Resulta imprescindible, que la incorporación de la Directiva de Procedimiento de 2013 aún pendiente, desarrolle de manera expresa la competencia de la persona que entrevista. También se deben considerar obligatorios los programas de formación inicial y continua de las personas encargadas de la tramitación de los expedientes de protección internacional. “La entrevista no está a cargo de los instructores sino de personal auxiliar que utiliza documentos elaborados por el instructor. En los documentos constan una serie de cuestiones que el funcionario debe tener en cuenta en la entrevista: alusiones que deben evitarse, preguntas-guías sobre los motivos de persecución, preguntas

generales y específicas referidas al relato del interesado, etc. La finalidad de estas preguntas es la detección temprana de fraudes y se incluyen instrucciones para el caso de que sea necesario realizar el cuestionario de nacionalidad” (Defensor del Pueblo, 2016: 31) “Las personas que son instructoras celebran una segunda entrevista con las personas solicitantes cuando consideran que la información aportada al expediente es insuficiente. La realización de segundas entrevistas es porcentualmente muy pequeña, y ello pese a que las personas que realizan la primera entrevista carecen de la necesaria formación. Por ello, se debe reclamar la obligatoriedad de la realización de una segunda entrevista, cuando la primera no haya sido realizada por el instructor, que debería asumir dicha tarea, al igual que ocurre en la mayoría de los Estados miembros” (Defensor del Pueblo, 2016:32).

Los lugares de presentación de la solicitud: si se llega al Estado español y no puede entrar en territorio, solicita protección internacional en el puesto fronterizo. Si se encuentra dentro del territorio español: en la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), situada en Madrid, en cualquier Oficina de Extranjeros, en Comisaría de Policía autorizadas o en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Como podemos observar, excepto la Oficina de Asilo y Refugio, donde solo se puede presentar si la persona se encuentra en Madrid, el resto de lugares donde se puede presentar la solicitud de protección internacional son lugares hostiles, donde la persona que solicita protección internacional puede sentir inseguridad si procede de lugares donde ha sido perseguida por las autoridades.

“El perfil de la persona que realiza la entrevista es diferente según el lugar en el que se presente la demanda y, por tanto, la calidad de la entrevista varía mucho en función de la persona que asume esta función. En los aeropuertos internacionales y en los puestos fronterizos, la entrevista se realiza por funcionarios de policía; en los centros penitenciarios se realiza por personal del propio centro; en Ceuta, las entrevistas de las solicitudes presentadas en territorio están a cargo de un funcionario de la Delegación del Gobierno. Las entrevistas de las solicitudes presentadas en territorio de Melilla se realizarán por un funcionario de la Jefatura Superior de Policía; y en Valencia y Cataluña la entrevista se suele realizar en las oficinas de extranjería. Las entrevistas a personas recluidas en centros penitenciarios suelen realizarse por una persona perteneciente al equipo técnico del centro penitenciario y se realizan sobre la base de un cuestionario que remite la Oficina de Asilo y Refugio. En este caso, por lo general, la persona que realiza la entrevista no suele tener formación suficiente para llevarla a cabo por lo que se estima que debería ser obligatoria una segunda entrevista por parte del instructor mediante la utilización de las tecnologías que permiten esta posibilidad sin necesidad de desplazamiento” (Defensor del Pueblo, 2016:32).

Los derechos de la persona que solicita (Art. 18), son: 1. Permanecer en el Estado hasta

que se resuelva su solicitud, salvo que la persona sea reclamada por otro país de la Unión Europea o un Tribunal Penal Internacional; 2. Asistencia letrada de forma gratuita si no puede pagarlo, esta será garantizada por: Asistencia Jurídica Gratuita del Colegio de Abogados, o por determinadas organizaciones como Cruz Roja Española, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM), Rescate Internacional; 3. Asistencia de una persona que le interprete en una lengua en la que pueda explicarse con facilidad; 4. Que su solicitud sea comunicada al ACNUR en el Estado español; 5. Conocer el contenido del expediente en cualquier momento; 6. Ser documentada como solicitante de protección internacional; 7. Atención sanitaria; 8. Suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar a la persona solicitante; 9. A recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en la Ley.

Las obligaciones de la persona que solicita son: 1. Cooperar con las autoridades en el procedimiento diciendo la verdad sobre su identidad, presentando los documentos de identidad que tenga o, en su caso, justificando su falta; 2. Explicando de forma detallada los motivos por los que solicita protección internacional; 3. Presentar, lo antes posible, todos los elementos en que se apoye la solicitud; 4. Informar o comparecer ante las autoridades cuando sea requerido en relación con su solicitud, renovación de documentos, etc.; 5. Informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio en el mismo; 6. Proporcionar las impresiones dactilares, permitir ser fotografiada y consentir que sean gravadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informadas sobre este último extremo.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional (Art. 18). Por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, a no ser que sobre la persona recaiga una orden europea de detención y entrega o la persona sea reclamada por los órganos judiciales penales internacionales de un tercer país. La persona tiene derecho a entrevistarse con una abogada o abogado. Se determinará el procedimiento correspondiente. Si la tramitación de la solicitud pudiese exceder de seis meses, se informará a la persona interesada del motivo de la demora.

4.5.3. Admisión a trámite

Formalizada la solicitud, será enviada a la OAR, donde se estudiarán los aspectos formales de la solicitud. Para esta comprobación se dispone de un mes a contar desde la fecha de solicitud. Este plazo de un mes es de silencio positivo, durante estos 30 días, se concede a la persona una documentación provisional como solicitante de protección internacional, esta documentación no va asociada a una tarjeta sanitaria, solo a una tarjeta sanitaria de urgencia, en caso de que se solicite y conceda. Este es el caso de Libia, mujer transgénero que aún no había comenzado la hormonación y no la pudo comenzar en esta parte del proceso porque no consideraban su caso de emergencia sanitaria al no tener que paralizar el proceso de toma de hormonas, si no comenzar el mismo, algo que no suponía un riesgo para su salud física, aunque mentalmente ella necesitaba comenzar este proceso para sentirse cómoda y segura socialmente¹⁰⁸.

El Ministerio de Interior, a propuesta de la OAR, podrá, mediante resolución motivada, no admitir a trámite las solicitudes cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Falta de competencia para el examen de las solicitudes, cuando su estudio no corresponda al Estado español (con arreglo a lo establecido en el Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país). Cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea parte. En la resolución se indicará a la persona solicitante el Estado responsable de examinarla que habrá aceptado explícitamente su responsabilidad y se obtendrán garantías suficientes de protección para la vida, libertad e integridad física de las personas interesadas, así como el respeto a los demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en el territorio de dicho Estado.

b) Falta de requisitos. La persona esté reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra (de conformidad con lo establecido en el artículo 25.2.b y en el artículo 26 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo). Cuando la persona que solicita proceda de un tercer país seguro de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo

¹⁰⁸ Entrevista realizada el día 23 de febrero de 2017.

y, en su caso, con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social y opinión política (al derivar esto de la Directiva no se establecen aquí los motivos de género y orientación sexual, algo que puede tener consecuencias prácticas al devolver a personas a países donde sus derechos no estén protegidos por ser considerados seguros al no haber estado analizados todos los supuestos relevantes para que este análisis de seguridad sea completo) se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto y, en caso de ser persona refugiada, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que la persona que solicita sea readmitida en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que la persona que solicita fuera a ese país. Para la aplicación del concepto de tercer país seguro, también podrá requerirse la existencia de una relación entre la persona que solicita y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que la persona solicitante fuera a ese país. Cuando la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España o presentado una nueva solicitud con otros datos personales, mientras no se planteen circunstancias nuevas y relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona interesada. Cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el Derecho de asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea).

En caso de que la solicitud no se haya admitido a trámite, será notificado en el plazo máximo de un mes contado a partir de la presentación de la solicitud, el silencio será positivo y la no admisión a trámite conllevará los mismos efectos que la denegación de la solicitud.

Cuando la presentación de la solicitud se realice en un puesto fronterizo (Art. 21) deberá permanecer allí hasta que se decida si su solicitud es admitida a trámite o no. Las autoridades (Ministra o Ministro del Interior) tienen cuatro días para tomar la decisión, con algunas excepciones previstas en la Ley. Si la solicitud es admitida, podrá entrar en el Estado. Si la decisión es negativa, deberá abandonarlo. Contra las decisiones que no admitan o que deniegan su solicitud, en el plazo de dos días contados desde su notificación, puede presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquella. La Ministra o Ministro de Interior dispone de dos días desde el momento en que aquella hubiese sido presentada para notificar. El transcurso de los plazos fijados sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su tramitación por el

procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente.

Por motivos de “salud” o “seguridad pública”, el Ministerio del Interior podrá adoptar las siguientes medidas cautelares: presentación periódica ante las autoridades competentes. Residencia obligatoria en determinado lugar. Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega a la persona interesada de resguardo acreditativo de tal medida. Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas. Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. En caso de que el procedimiento tramitado fuera de carácter ordinario no podrá adoptarse la medida cautelar de internamiento.

4.5.4. Instrucción

Si la solicitud es admitida a trámite, ya sea en frontera, CIE's o en territorio, se examina la solicitud con mayor profundidad. El órgano competente para la instrucción (Art. 23) es la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), dependiente del Ministerio del Interior, que es el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional. También tendrá las funciones establecidas legal y reglamentariamente la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), que es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida e igualdad.

“Los informes de los instructores toman en consideración tres factores: el relato de la persona que solicita, la prueba aportada en apoyo de su petición y la información sobre el país de origen. En la valoración de las solicitudes de protección internacional cobra una importancia singular la credibilidad de las afirmaciones del solicitante, dado que, en muchos casos, no es posible presentar documentación que avale tales manifestaciones. El análisis de credibilidad es particularmente necesario en las solicitudes basadas en la orientación sexual o relativas a cuestiones de género, dado que la decisión se adopta fundamentalmente a partir de la credibilidad del

solicitante [...]. La información del país de origen se recoge habitualmente por los instructores a través de consultas efectuadas a diversas páginas web. Una parte de la información sobre el país de origen se encuentra en inglés por lo que es importante que los instructores tengan nivel aceptable de comprensión de dicha lengua, sin perjuicio de que, en caso de necesidad, puedan precisar del apoyo de intérpretes” (Defensor del Pueblo, 2016: 34).

La información del país incluye no solo la legislación, sino también las circunstancias políticas, sociales y el nivel de aplicación efectiva de las normas. Cada instructor consulta fuentes específicas de los países de donde proceden los expedientes que evalúa y debe tener en cuenta la información que proporciona el ACNUR sobre la situación legal y política de dicho país. Así como los hechos acaecidos durante el trayecto migratorio de la persona que solicita protección internacional en situaciones concretas. “La utilización de otras lenguas, por tanto, no se limita a la utilización de intérprete-traductor en las entrevistas, sino que en muchos expedientes abarca la investigación misma. Sin embargo, el nivel de inglés de los instructores no en todos los casos es suficiente. Parece imprescindible que se faciliten los apoyos necesarios a las personas que instruyen actualmente los procedimientos y que en las nuevas convocatorias para la cobertura de plazas de instructores se exija un nivel de inglés adecuado para el desempeño de sus funciones [...] Además resulta preciso reforzar el servicio de apoyo documental existente en la OAR, al que deben recurrir los instructores cuando los buscadores no arrojan resultados suficientes para detectar el problema concreto al que alude el demandante de protección internacional. Ante la ausencia de fuentes, el análisis de credibilidad vuelve a ser esencial, dado que si el instructor carece de formación al respecto, deberá acudir a su intuición personal o a otras habilidades fruto de su experiencia” (Defensor del Pueblo, 2016: 35).

Plazos de instrucción: si la solicitud ha sido admitida a trámite, se abre otro periodo de seis meses en los que se estudia el fondo de la solicitud, la historia de persecución. Este plazo se reduce a tres meses en los casos declarados urgentes. Este es el plazo institucional, pero en la práctica suele ser más tiempo. Durante este periodo se concede a la persona solicitante una nueva documentación, la denominada tarjeta roja. Si transcurren los plazos sin que se haya tomado una decisión se le informará a la persona interesada sobre las razones del retraso. Como consecuencia o en el transcurso de la instrucción puede ser convocada la persona a la celebración de nuevas entrevistas. Si la decisión es favorable, la persona será reconocida como refugiada o como persona bajo protección subsidiaria. Si la decisión es negativa, deberá abandonar el Estado, excepto si dispone de algún tipo de autorización de residencia. La importancia de una instrucción correcta y completa es incuestionable dado que la decisión que se adopte en el expediente puede tener consecuencias muy

importantes para la vida de la persona que solicita. La denegación de la solicitud lleva aparejada la salida obligatoria del país y, en su caso, la expulsión al país del que el interesado ha huido, siempre que no tenga legitimación para residir en el Estado español por otras vías. En las solicitudes en frontera, el retorno al lugar de procedencia es inmediato. El riesgo que podía suponer el retorno o la expulsión motivó que el Defensor del Pueblo formulara una Recomendación para que los órganos policiales mantengan contacto permanente con el ACNUR y se efectúe una valoración del riesgo en función de la situación actualizada del país de la persona interesada, antes de materializar alguna de estas medidas (Defensor del Pueblo, 2016:35).

4.5.5. Resolución

Procedimiento ordinario de resolución (Art. 24): instruido el expediente, la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) eleva la solicitud a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), que formulará propuesta de resolución al Ministerio del Interior, que será el encargado de la toma de decisiones. La solicitud se entenderá desestimada si en el plazo de seis o tres meses en caso de tramitación de urgencia, desde su presentación no se haya notificado la resolución correspondiente ni el motivo del retraso en la notificación de la misma.

Tipos de resolución: a) concesión del estatuto de persona refugiada; b) concesión de protección subsidiaria; c) denegación del estatuto pero concesión de autorización de residencia por razones humanitarias, según lo estipulado en la Ley de Extranjería; d) denegación de protección.

Los efectos de la concesión del Derecho de asilo o de protección subsidiaria (Art.36): reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea. Siempre implicará: no devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España; acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible; autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de las personas extranjeras en España y su integración social; documento de identidad y, cuando sea necesario, de viaje; acceso al servicio público de empleo; acceso a la educación; asistencia sanitaria; vivienda; asistencia social y servicios sociales; a programas de atención a personas víctimas de violencia de

género; a la seguridad social; a programas de integración, en las mismas condiciones que las personas consideradas españolas; acceso, en las mismas condiciones que las personas considerada españolas a la formación continua u ocupacional y trabajo en prácticas, y al procedimiento de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero; libertad de circulación; acceso a programas de integración general o específicos; acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que se establezcan; mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la presente Ley y; acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

Archivo de la solicitud (Art.27) cuando la persona retire o desista de la solicitud, en los casos establecidos en los términos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; cuando en el plazo de 30 días la persona que solicita no hubiese respondido a las peticiones de facilitar información esencial para su solicitud; la persona no se hubiese presentado a una audiencia personal a la que hubiera sido convocado o no compareciera para la renovación de la documentación de la que se le hubiera provisto, salvo que demuestre que estos comportamientos fueron debidos a circunstancias ajenas a su voluntad. La Administración General del Estado velará por que la información necesaria para la evaluación de las solicitudes de protección no se obtenga de las personas responsables de la persecución o daños graves, ni se ponga en peligro la integridad de la persona interesada y de las personas a su cargo, ni la libertad y la seguridad de sus familiares que aún vivan en el país de origen (Art. 26). Las resoluciones denegatorias (Art.37) determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron. Salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se de alguno de los siguientes supuestos: que la persona reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia o se autorice la estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.

En caso de denegación o no admisión a trámite, la resolución que se dicte agota la vía administrativa. Se puede interponer recurso de reposición o acudir a la vía contenciosa, salvo que sea petición en frontera, en cuyo caso puede solicitar reexamen. En la resolución se advierte de la obligación de abandonar territorio español en quince días si la persona que solicita carece de autorización para permanecer en el Estado español en aplicación de la normativa de extranjería.

En el siguiente cuadro podemos ver detalladas todas las resoluciones denegatorias y los motivos de las mismas.

Tabla 6: Resoluciones denegatorias

CLÁUSULAS	DEFINICIÓN	MOTIVOS
<p>EXCLUSIÓN Artículo 8 y 11 Ley 12/2009.</p>	<p>Persona que cumple con los criterios para ser refugiada, pero no necesita, o no merece la protección internacional.</p> <p>Las circunstancias conforman una categoría especial y se han hecho arreglos para su protección o ayuda.</p>	<p>Derecho de asilo: Protegidas por un órgano u organismo de Naciones Unidas. Con derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de su país de residencia.</p> <p>Común: Personas extranjeras que hayan cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. O que antes de ser admitidas como refugiadas han cometido un delito grave. O son culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.</p> <p>Protección subsidiaria: constituyen un peligro para la seguridad interior y exterior o para el orden público.</p>
<p>DENEGACIÓN Art. 9, 12, 21.2 Ley 12/2009.</p>	<p>Cuando se recibe una respuesta negativa a la petición.</p>	<p>Tanto Derecho de asilo como protección subsidiaria: Personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España. O habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad. Art. 21.2 Ley 12/2009</p>
<p>NO ADMISIÓN Art.20 y 21.1 Ley 12/2009.</p>	<p>No admisión a trámite de las solicitudes.</p>	<p>Falta de competencia: No corresponda a España su examen.</p> <p>Falta de requisitos: Cuando la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado. Proceda de un tercer país seguro. Reiteración de una solicitud ya denegada o presentado una nueva solicitud con otros datos personales pero sin nuevas circunstancias relevantes. Persona nacional de un Estado miembro de la UE.</p>
<p>CESACIÓN Art. 42 y 43 Ley 12/2009.</p>	<p>Revocación de la condición de persona refugiada. Suspensión o finalización de la condición de persona refugiada.</p>	<p>Derecho de refugio: Expresamente así lo soliciten. Se hayan acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad. Hayan recobrado voluntariamente su nacionalidad. Hayan adquirido una nueva nacionalidad y tengan protección de la misma. Se hayan establecido, de nuevo, voluntariamente, en el país que habían abandonado por persecución. Hayan abandonado el territorio español y fijado su residencia en otro país. Han desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados;</p> <p>Protección subsidiaria: Solicitud expresa. Abandona este territorio y fija su residencia en otro. Dejan de existir las circunstancias.</p>
<p>REVOCACIÓN Artículo 44 de la Ley 12/2009.</p>	<p>Dejar sin efecto una concesión, mandato o resolución.</p>	<p>Concurra alguno de los supuestos de exclusión; Se haya tergiversado u omitido hechos decisivos para la concesión del estatuto de refugio o de protección subsidiaria; Constituya un peligro para la seguridad de España, o que, condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad.</p>
<p>REDUCCIÓN O RETIRADA de las condiciones de acogida 33 12/2009.</p>	<p>Reducir los beneficios inherentes a la condición refugio o la retirada de la misma.</p>	<p>Abandone el lugar de residencia sin informar o sin permiso; Se beneficie indebidamente de las prestaciones de acogida establecidas; Se haya dictado resolución y se haya notificado a la parte interesada; Se vulneren los derechos de otros residentes o del personal de los centros donde estén acogidos o se dificulte gravemente la convivencia en ellos; Cuando haya finalizado el periodo del programa o prestación autorizado.</p>
<p>EXPULSIÓN Art. 32 CG51</p>	<p>Echar a una persona de un lugar.</p>	<p>Razones de seguridad nacional. Razones de orden público.</p>

Fuente: Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria. Convención de Ginebra de 1951.

4.5.6. Recursos

En este apartado vamos a ver tres tipos de recursos:

El recurso administrativo de reposición, de naturaleza potestativa, es decir, es optativo, se puede interponer o recurrir directamente a la vía judicial. Se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto y pone fin a vía administrativa. Ha de ser interpuesto en el plazo de un mes, en el caso de que el acto administrativo haya sido expreso, o en tres meses si el acto es presunto y lo encontramos regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El recurso contencioso- administrativo, es un recurso judicial que la persona solicitante puede interponer en diferentes fases del procedimiento de asilo: a) Contra la inadmisión a trámite (tanto en frontera como en territorio). Se presenta ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. La presentación de este recurso tiene un plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la inadmisión. b) Contra la denegación del asilo. Este recurso se presenta ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Tiene un plazo de dos meses desde el día siguiente de la notificación de la denegación. Este recurso lo encontramos regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y en tercer lugar encontramos el reexamen, que podrá ser solicitado contra la inadmisión a trámite o la denegación de protección presentada en un puesto fronterizo. Deberá ser presentado en el plazo de dos días contados desde la notificación de la resolución y suspenderá sus efectos. La resolución de esta petición de reexamen corresponde al Ministerio de Interior y deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo de dos días. Durante la tramitación del reexamen la persona permanecerá confinada en las dependencias habitadas a tal efecto. Si en ese plazo el Ministerio no emite una resolución, la solicitud pasará a tramitarse por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante. La resolución que emita el Ministerio del Interior pondrá fin a la vía administrativa y contra ella se podrá interponer, un recurso administrativo de reposición con carácter potestativo en el plazo de un mes, o bien un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses. Ambos plazos comienzan a contar al día siguiente de haber recibido la resolución. El reexamen lo encontramos regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección

subsidiaria y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4.5.7. Permanencia en el Estado español por razones humanitarias

Regulado en la Disposición Transitoria Segunda denominada “normativa aplicable a las personas autorizadas a residir en España por razones humanitarias” y donde se establece que “las personas que hubieran obtenido una autorización para permanecer en España por razones humanitarias conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y en los términos de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 31 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, podrán beneficiarse del derecho a la protección subsidiaria previsto en esta Ley”.

La Ley de 2009 configura un sistema de “protección subsidiaria” cualitativamente distinto de la autorización de permanencia por razones humanitarias del anterior artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84; pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba antes, asimilándose a la protección que da la concesión del asilo. La misma ley de Asilo de 2009 prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, al señalar en su art. 46.3 que “por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”.

Esta es otra forma de protección de índole subsidiaria, lo cual quiere decir que si se aplica la condición de refugio, no se atenderá a las razones humanitarias, solo en caso de que no se aplique la condición de refugio ni la de protección subsidiaria, se estudiará y en todo caso se podrá aplicar la protección por razones humanitarias, cuando esta esté vinculada de alguna forma con las situaciones jurídicas y sociales relacionadas con las causas de asilo contempladas en la Convención de Ginebra, e incluso, se ha llegado a la posibilidad de examinar en el seno del propio expediente de asilo la consideración de otras razones humanitarias no especialmente conectadas con las propias del asilo y refugio. Se intenta, mediante esta regulación, que el expediente de asilo permita por sí

mismo hacer un estudio global de la situación y las necesidades de la persona que solicita, a fin de darle una respuesta individualizada que contemple los factores en juego.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha referido con detalle no sólo a la coexistencia de dos regímenes de protección diferenciados, a saber, del asilo por un lado y la protección humanitaria de carácter subsidiario por otro, sino también al escalonamiento de distintos niveles de protección en el ámbito de esa protección humanitaria. Así se establece, por ejemplo en la Sentencia de 24 de febrero de 2012, (RC nº 2476/2011, FJ 6º). También ha puntualizado la jurisprudencia que si la misma Administración reconoce y declara el derecho de un solicitante de asilo a permanecer en España por razones humanitarias, debe ser coherente con sus propias decisiones y dar a la persona beneficiaria por esa decisión un *status jurídico* que garantice su permanencia en nuestro país y así evite que pueda llegar a consumarse la situación de riesgo que precisamente dio lugar a la aplicación de la posibilidad legal contemplada en aquel precepto. Así, en este sentido, se dicta la Sentencia de 31 de mayo de 2011 (RC 5784/2008)(FJ 8º).

5. DERECHO DE ASILO POR MOTIVO DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL

¿Todavía con el mismo tema? Cómo voy a evitarlo si casi toda la lucha de una vida azarosa ha sido provocada por la opresión de mi sexo: razonamos profundamente cuando sentimos hondamente (Mary Wollstonecraft, *An Historical and Moral View of the French Revolution* 1794)

Razonando profundamente por sentir hondamente llegamos al último Capítulo antes de las conclusiones. Hemos venido analizando el ámbito internacional, el europeo y el nacional del Derecho de asilo, sin perder de vista que esta investigación está centrada en la incorporación del motivo de género y el motivo de orientación sexual al Derecho. En este Capítulo analizaremos, qué, cómo y por qué se han introducido dos nuevos motivos a los preexistentes en la normativa internacional, y como se ha modificado la Ley en otros muchos de los supuestos que incorpora para acompañar y hacer coherentes estas incorporaciones.

Este Capítulo también cuenta con un apartado dedicado a los motivos recurrentes para la denegación de las solicitudes de protección por motivo de género y orientación sexual. Así como las consecuencias de la denegación de la solicitud de protección internacional, haciendo especial hincapié en el principio de no devolución, por su relevancia y transcendencia para esta investigación.

Analizamos también de forma extensa y específica los estereotipos en el Derecho de asilo

y la estructura de poder que acompaña a este Derecho, máxima que venimos anunciando a lo largo de este trabajo y que pasamos a escudriñar en primer lugar por coherencia argumentativa en el desarrollo del Capítulo.

5.1. Estereotipos y Derecho de asilo

Dolores Juliano considera que “la exclusión y la marginación son dos formas diferentes de segregación: así, la persona marginada está incluida en el sistema social, pero desde posiciones periféricas. Puede contribuir al bienestar general con su esfuerzo o cumplir algún tipo de función considerada necesaria, pero no se le reconoce poder legítimo, ni prestigio. [...] La sociedad no prescinde de sus marginales, desarrolla respecto de ellos políticas asistenciales, los relega pero los reconoce, son parte de un “nosotros”, aunque la parte oscura. La exclusión social, implica un paso más de alejamiento y entraña a veces las características de total e irreversible. Suele incluir ceremonias de separación: el juicio que lleva a la cárcel o el diagnóstico que fija una enfermedad mental” (Juliano, 2004: 27-28). Aplicando esta distinción, “podemos afirmar que, desde el surgimiento de la categoría “homosexual” en el siglo XVIII, las personas no heterosexuales han pasado progresivamente de una posición de exclusión (marcada por la patologización, la discriminación, la distinción legal...) a una de marginación; mientras que las personas trans se encuentran aún en una posición de exclusión (con el diagnóstico de trastorno de identidad de género como ceremonia de separación)” (Coll-Planas, 2009: 114).

5.1.1. Estructura de poder en el Derecho de asilo

Las cuestiones de igualdad y diferencia social, son cuestiones de dominación y poder. El derecho participa de ese poder, puede transformarlo o mantenerlo, cambiar los niveles de dominación de unas estructuras sobre otras o dejarlas intactas. Desde la construcción de los Estados nación y el fin de la primera etapa colonialista se ha ido construyendo una jerarquía de poder estatal en la que se establecen diferentes niveles de subordinación y de dominación. Esta construcción social ha ido evolucionando y la encontramos instaurada dentro de la sociedad capitalista y el mundo globalizado. Se establecen unas estructuras de poder que marcan claramente la realidad

migratoria, con jerarquías en el orden de ciudadanía y unas hiper-divisiones en las maneras de obtenerla, que mantienen las estructuras de dominación.

Las estructuras de poder se encuentran establecidas a lo largo de todo el proceso de solicitud del asilo. Desde el comienzo de la migración en los lugares de origen, donde solo una parte de la sociedad puede migrar, en el tránsito, atendiendo a la forma de migrar y en destino, donde el sistema de poder lo encontramos tanto en la estructura del sistema de asilo y refugio como en las formas de acceder al mismo y en el poder de decidir la aceptación o denegación del derecho.

Los medios de comunicación generan y reproducen estructuras de dominación ejerciendo poder, “la importancia de los medios de comunicación se debe a que elaboran o canalizan determinadas categorías culturales consideradas como instrumentos de mediación entre la verdad y las ideologías. Los medios, por tanto, generan mediaciones en forma de imágenes y discursos que se sitúan entre lo que ocurre realmente y la manera de ver lo que sucede. En este aspecto reside la centralidad del papel de los medios de comunicación, puesto que las mediaciones se interponen entre la realidad misma y quien la observa hasta lograr su sustitución, de tal forma que la realidad ya no es lo que ocurre sino lo que se pone de manifiesto, y nuestro comportamiento se ve afectado por lo que creemos que es real, en este caso, clichés y estereotipos, positivos y negativo, en torno a la inmigración y los inmigrantes. Las imágenes que generan los medios de comunicación son pues, una lectura determinada de la realidad” (Roiz, 1994: 180). “Como señala la antropóloga Carmen Gregorio (2009), las mujeres inmigrantes no solo se construyen como «víctimas pasivas» en sus patriarcales sociedades de origen -víctimas de la pobreza y de una violencia globalizada contra ellas-, sino también como una amenaza irracional en las sociedades de destino, ya sea como la «constantemente embarazada», y por lo tanto predestinada a sobrecargar los servicios sociales y de salud, o como prostitutas provocadoras que se aprovechan de los turistas” (Gregorio, 2009 en Barbero, 2017:41).

Se ha construido una realidad social jerarquizada con una estructura determinada. Se produce una relación de hechos, donde la interpretación es fundamental, pues no solo hay que tener en cuenta los hechos, sino cómo los/nos ve la ciudadanía y como esta interpretación se ve legitimada a través de determinadas fuentes de autoridad: la prensa y las personas que se dedican a la política, las que gobiernan y las que aspiran a hacerlo, que crean realidades y estructuras.

5.1.2. Definición y determinación de los estereotipos

Cuanto más libre de prejuicios está una persona menos apropiada es para lo puramente social. Uno de los motivos de la eficacia y peligrosidad de los prejuicios es que siempre ocultan un pedazo del pasado. Bien mirado, un prejuicio auténtico se reconoce además en que encierra un juicio que en su día tuvo un fundamento legítimo en la experiencia; sólo se convirtió en prejuicio al ser arrastrado sin el menor reparo ni revisión a través de los tiempos...el peligro del prejuicio reside precisamente en que siempre está bien anclado en el pasado y por eso se avanza al juicio y lo impide, imposibilitando con ello tener una verdadera experiencia del presente...puesto que el prejuicio, al recurrir a lo pasado, se avanza al juicio, ve limitada su legitimidad temporal a épocas históricas (Hannah Arendt, *¿Qué es la política?* 1997).

Según la Real Academia Española en su versión *on line*¹⁰⁹, *estereotipo* es la imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable. *Prejuicio* es la acción y efecto de juzgar. Es la opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal. La base de los estereotipos es la incorporación de las personas a los grupos.

Las personas continuamente se organizan a sí mismas en colectividades de cara a satisfacer sus necesidades. Como establece Daniel Bar-Tal, podemos definir los estereotipos como las creencias almacenadas sobre las características de un grupo, y que se desarrollan en los procesos intergrupos. La categorización es vista como un proceso subyacente a los estereotipos y prejuicios. Así, las personas que forman parte de un grupo se atribuyen rasgos, intenciones y características en confrontación con “el otro”. Rasgos, intenciones, habilidades específicas y otras características atribuidas a otro grupo pueden influir las conductas de las personas del grupo hacia ese grupo y los otros. Los estereotipos no son universales, sino que se construyen individual y culturalmente. Normalmente grupos diferentes mantienen estereotipos distintos sobre el mismo grupo, y dentro del mismo grupo, los miembros individuales pueden mantener estereotipos diferentes sobre un exogrupo específico. Los estereotipos culturales que caracterizan la percepción de grupo, se producen cuando los miembros del grupo comparten los estereotipos que se expresan en los distintos canales sociales (Bar- Tal, 1994).

Cualquier modelo que trate de explicar la formación y cambio del estereotipo tiene que explicar cuatro características: reflejar el hecho de que un estereotipo particular es único para un grupo específico, los grupos forman sus propios estereotipos sobre otros grupos, basados en sus relaciones intergrupales específicas, su historia y condiciones político-sociales y económicas.

¹⁰⁹ [Www.rae.es](http://www.rae.es)

Explicitar el hecho de que dentro de cada grupo, los miembros difieren, al menos en alguna medida, en relación al estereotipo sobre un exogrupo. Las experiencias personales únicas y las diferencias personales con respecto a diversas características tales como personalidad, motivación, valores o habilidades cognitivas causan la varianza individual de los estereotipos formados. Presuponer que los individuos adquieren estereotipos a lo largo de sus vidas. Los estereotipos no son fijos, ni estables, cambian con el tiempo. Se entienden los estereotipos como conocimiento que se forma generalmente a partir de información que llega de fuentes externas.

El estereotipo formado, a la vez, ejerce su influencia. Forma parte del repertorio de conocimientos que tenemos almacenados y sirve como variable personal mediadora para el procesamiento de información adquirida nuevamente. Además, en un nivel social, los estereotipos formados por el grupo tienen un efecto sobre la naturaleza de las relaciones intergrupales y los canales sociales. Los conflictos, como por ejemplo los producidos sobre los recursos escasos, el trabajo, los territorios o el poder, dan como resultado la percepción de amenaza que causa la atribución de características negativas del grupo amenazante de cara a explicar la amenaza percibida. Los contenidos negativos de los estereotipos son una consecuencia del conflicto de intereses percibido. Un modelo etnocéntrico también puede ser incluido en la categoría de relaciones intergrupales negativas, este modelo propone que la tendencia etnocéntrica a percibir al otro grupo como diferente solamente en virtud de no ser propio y despreciarlo puede ser la base para los estereotipos negativos. Esta tendencia es especialmente evidente cuando el exogrupo claramente difiere y provoca desprecio y/o miedo. La satisfacción política, económica, la cooperación social y cultural, la experiencia de amistad, la seguridad, el apoyo mutuo y la confianza son traducidos en estereotipos positivos. Las investigaciones han demostrado que cuando acaban las relaciones hostiles y conflictos entre grupos y se produce una progresiva cooperación se produce un cambio en los estereotipos desde la percepción de características negativas a otras positivas (Coffman y Walters 1969 en Ban-Tall, 1994).

Uno de los aspectos que el mundo electrónico postmoderno ha traído consigo es el reforzamiento de los estereotipos a través de los cuales se observa Oriente; la televisión, las películas y todos los recursos de los medios de comunicación han contribuido a que la información utilice moldes cada vez más estandarizados (Said, 1978).

Como dice Said, en el mundo electrónico postmoderno recibimos la mayor parte de la información sobre la naturaleza de las relaciones intergrupales indirectamente, a través de diferentes canales de transmisión social, discursos, noticias, términos, documentales, películas o programas de

televisión proporcionan información que puede servir de base para la valoración de la naturaleza de las relaciones y subsecuentemente los contenidos de los estereotipos. La naturaleza de las relaciones intergrupales no es estática, sino que cambia a través del tiempo y estos cambios influyen directamente en los contenidos de los estereotipos. De hecho, los cambios en los estereotipos como resultado de los cambios en la naturaleza de las relaciones intergrupales es una prueba de la influencia de las relaciones intergrupales en los estereotipos. La historia de las relaciones está reflejada en los estereotipos actuales. Siglos de hostilidad o amistad, así como los acontecimientos importantes que implican al otro grupo dejan su huella en los estereotipos actuales. Las relaciones intergrupales pasadas se recuerdan de forma selectiva y sirven de fundamento sobre las que se construyen nuevos tipos de relaciones.

Los estereotipos no solamente están configurados por la naturaleza de las relaciones intergrupales, sino que también lo están por diversos factores sociopolíticos. Entre ellos están las normas de tolerancia, la cohesión social, la solidaridad, la polarización social, la apertura de la sociedad, las posibilidades de movilidad y la estructura jerárquica. Estos factores sociopolíticos están directamente relacionados con la formación y cambio del estereotipo a través del nivel de tolerancia mantenida por el grupo y el grado de frustración de los miembros del grupo como resultado de la estructura sociopolítica dada. La ausencia de normas tolerantes (reflejadas en los códigos legales del grupo, las normas culturales y personales) indica una alta probabilidad de conductas negativas, mientras que normas tolerantes pueden inhibir tales conductas. La información que sirve de base para la formación y cambio de los estereotipos proviene de los canales políticos, sociales, culturales y educativos. Las personas que no tienen contacto directo se forman estereotipos sobre las bases de la información recibida de los canales del grupo. Pero incluso en casos de contacto directo, información previamente recibida desde fuentes del grupo juega un papel importante en la formación de impresiones, como los textos escolares, las películas, los periódicos, los discursos, las representaciones teatrales y la literatura (Van Dijk, 1984,1987 en Bar- Tal, 1994).

Con frecuencia, damos por válidos los discursos, la información de los periódicos, la radio, la televisión y sus programas, así como las opiniones de los políticos que mantienen, nos crean o modifican la idea sobre las personas refugiadas. Estas fuentes sociales sirven de modelo, proporcionan legitimidad a los estereotipos formados y reflejan la visión institucional y de *lobbies* o grupos de poder controlan medios de comunicación como la iglesia, los grupos homófobos de extrema derecha e incluso como el *lobby* israelí que constantemente bombardea con lecturas como israelí-soldado palestino-terrorista en la prensa. Al discutir sobre los canales sociales de comunicación es necesario prestar atención a la función del lenguaje en la formación y cambio de

los estereotipos culturales. La información está siempre influida por los valores, la ideología, las creencias y los objetivos del grupo.

El contacto directo permite también observar el rol que cada persona del grupo ocupa en la sociedad. El aprendizaje directo sobre los exogrupos depende del contexto social en el que tiene lugar. Existe siempre la posibilidad de que el contexto social en el que tiene lugar el contacto interpersonal proporcione solamente información parcial puesto que el contacto puede realizarse solamente con una parte del exogrupo, en un contexto y situación específica. Aunque las personas raramente entran en contacto con un exogrupo sin tener ya preconcepciones sobre sus características. La información sobre el exogrupo, recogida de los canales de comunicación y/o de la formación de impresiones como un resultado del contacto directo está mediatizada por variables personales. El conocimiento que ya se tiene juega un papel central, elaboramos nueva información sobre la base del conocimiento previamente adquirido. Por tanto, las relaciones intergrupales sirven tanto de justificación como de explicación de la conducta. Forman parte de un ciclo que puede ser positivo o negativo (Bar- Tal, 1994).

Las relaciones sociales se basan en expectativas compartidas. Cada persona sabe qué puede esperar de las demás y tiene una idea bastante clara de lo que las demás esperan de ella. Esto se debe a que en cada cultura existen roles asignados, que marcan las conductas deseables y señalan cuáles se consideran desviadas o incongruentes. Los roles sociales implican una fuerte limitación de las posibilidades de actuar, pero brindan seguridad y tranquilidad. Hacen el mundo predecible, aunque estrecho. Por eso, la actitud más frecuente es protestar contra las limitaciones que implican. Ser hija, ser empleada, ser vecina, implican papeles que condicionan nuestra libertad, pero nos permiten actuar sin angustia (Juliano, 2006).

Entre los roles más elaborados están los de género, en todo su espectro y abanico y pese a lo limitados y limitantes que sean los roles de género que se utilizan en una sociedad, la mayoría de las personas los aceptamos la mayor parte del tiempo y los cuestionamientos suelen ser parciales, aún entre quienes viven aparentemente más distantes de los convencionalismos sociales. Reproducir los roles facilita las interacciones sociales y la convivencia. Al determinar a priori qué es lo que los demás pueden esperar de nosotras o nosotros, posibilitan el reconocimiento y fijan el estatus de cada persona, algo que cambia y se reproduce si cruzamos la variable de etnia y religión, o la de sexo y sexualidad.

5.1.3. Los estereotipos en el Derecho de asilo

Las migraciones no son, simplemente, un flujo indiscriminado de pobreza, como se sugiere en la imaginaria de las “invasiones masivas”. Si la pobreza bastara para producir inmigración, entonces los países denominados desarrollados estarían permanentemente amenazados por invasiones masivas. Pero solo emigra un porcentaje mínimo de pobres, y lo hace hacia áreas concretas y hacia destinos igualmente específicos. (Saskia Sassen, *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza* 2013).

Como muestra Sassen, los flujos de personas refugiadas se sitúan en la intersección de diversos procesos complejos, que se pretenden confundir. El Derecho internacional, la política y el discurso cotidiano sobre personas migrantes y refugiadas han perdido el contacto con las realidades políticas y económicas que originan su existencia. Las migraciones son procesos sumamente selectivos: sólo ciertas personas dejan su lugar de origen y viajan a sus destinos a través de rutas sumamente estructuradas, y no gravitan ciegamente hacia cualquier país rico al que puedan entrar. La razón por la que las migraciones adoptan esta forma altamente estructurada tiene que ver con las interacciones e interrelaciones entre los países emisores y receptores.

El término “extranjero” ha adquirido un significado totalmente nuevo. El Estado podía definir a los refugiados como personas que no pertenecían a la sociedad nacional, que no podían optar a los Derechos de ciudadanía. A diferencia de los refugiados de un periodo anterior, que habían sido forasteros en el mismo sentido en que lo eran los transeúntes o vagabundos, los refugiados del siglo XX se han identificado como una categoría distintiva; ahora, el Estado tiene el poder y la legitimidad institucional para excluir a los refugiados de la sociedad civil (Arendt, 2006).

La migración es un proceso cuyas pautas y configuración se ajusta a sistemas político-económicos existentes, entonces se hace más manejable la cuestión del “control” y la “regulación”. Los sistemas en los que se integran las migraciones contienen sus propias fuerzas reguladoras. Los desbordamientos tienden a ser de escasa importancia, y es evidente que cuando se alcanza un punto excesivo, podemos contemplar una considerable migración de retorno y/o niveles descendentes de inmigración; puede que hagan falta varios años, pero acaba sucediendo (Sassen, 2013). Si durante años se ha concedido la protección internacional a personas que provenían de determinados países, otras personas nacionales de estos mismos países serán las que lleguen hasta nuestro territorio buscando la protección internacional, estos y no otros, porque solo migra una parte y lo hace de forma ordenada y hacia áreas concretas.

La falta de concesión del Derecho de asilo supone que menos personas lo soliciten y acudan a otros países donde tengan más posibilidades de que se cumplan sus derechos; si solo se concede a personas que vienen de determinados lugares o en determinadas condiciones, finalmente sólo serán las personas similares o asimilables a ellas las que lo soliciten, pues son las únicas que ven la posibilidad de que se cumplan sus expectativas. Se generará opinión pública para justificar estas cifras y serán suficientes para justificar la responsabilidad asumida para el cumplimiento del derecho, pero no porque realmente concedan o denieguen el derecho a la protección internacional a todas las personas que cumplen los requisitos en todas las condiciones que se establecen, bajo los términos jurídicos indeterminados caben muchas realidades o muy pocas, según se quiera.

Aunque desconfiar del “otro” forme parte de la naturaleza humana, la intransigencia con respecto a otras razas, religiones, grupos étnicos y sistemas políticos no debe ser tolerada más allá de cierto punto. Nos encontramos ante una de las paradojas básicas de los sistemas legales democráticos y seculares. Hay límites que no pueden traspasarse si las fricciones, la violencia y, en última instancia, el desmoronamiento del orden social han de ser evitados (ACNUR. 2006).

En Occidente se asocia el paso de los años a un movimiento hacia mejor, con una garantía mayor de derechos. En este marco, Occidente se definiría como el área de destino para lograr la protección de los derechos dentro del código dual imperante en Europa (bueno-malo, verdad-mentira, blanco-negro...) la propia realidad siempre se sitúa en el polo positivo, los europeos nos consideramos buenos, verdaderos y blancos.

Juzgamos un mundo que nos negamos a conocer, y nuestro juicio se convierte en un medio para negarnos a conocer ese mundo (Butler, 2010). Los medios de comunicación, la sociedad y las políticas han ido creando, variando y manipulando la imagen que la opinión pública tiene de las personas refugiadas. Así, cuando se ha necesitado mano de obra se ha generado la imagen de persona extranjera que llega solo a trabajar de forma temporal, cuando las circunstancias han cambiado y la persona no venía a trabajar si no que venía a vivir con su familia, se generaba un conflicto de imagen, por ser esta realidad diferente a la que se esperaba de esas personas. Nos dice Sami Naïr que la inmigración no es una minoría, porque no tiene características sociales permanentes y menos aún, características culturales comunes (proceden de raíces culturales muy diferenciadas). Lo único que pueden tener en común es que, en un momento de su vida, son inmigrantes. Es posible definir la integración a dos niveles: socialmente está integrada la persona que ocupa una función necesaria para la reproducción del sistema social. Pero también se puede decir de una persona que está realmente integrada en un conjunto humano cuando las demás la

identifican y ella misma se identifica con dicha comunidad, cuando está naturalizada tanto ante la mirada como ante los derechos y obligaciones de dicha comunidad (Naïr, 2010).

“Dependiendo de cada persona, cada ser humano atendiendo a sus circunstancias y su situación, atendiendo a su condición y los motivos de su situación enfatizará más o menos unas de las características que la definen frente a otras, atendiendo a estas condiciones de su persona, a estas características enfatizadas se estudiará o determinará su condición de persona refugiada. De tal manera, que si en lugar de enfatizar estas hubiera enfatizado otras su condición habría cambiado o se habría visto cambiada. Porque es posible que lo que se requiriera de ella fuera otra cosa en lugar de esto” (Arendt, 2009:28).

El imaginario sobre las personas refugiadas se ha ido construyendo con el tiempo, encontramos muchos estereotipos que nos han llevado hasta la noción actual. Por ejemplo, las mujeres refugiadas no suelen solicitar el asilo ellas como Derecho propio, suelen aparecer como víctimas, físicamente vulnerables, como objeto sexual, particularmente si no son parte de una unidad familiar. Se ha construido el concepto de mujeres refugiadas de conformidad con la concepción patriarcal de la familia con un hombre como cabeza de la misma. Como dice Meyersfeld (2003: 380) “el término 'víctima' impone a la mujer una imagen de vulnerabilidad y debilidad que perpetúa su estatus de subordinación”.

5.2. Derecho de asilo por motivo de género

El género son relaciones sociales acumuladas, que con el tiempo son naturalizadas (Judith Butler. *El género en disputa: Feminismo y la subversión de la identidad*. 1990).

En la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, se incorporó el motivo de género como uno de los criterios de aplicación para obtener la protección internacional, se establece en el artículo 3 que “*la condición de refugiado*”, a pesar de la incorporación del motivo de género, no se ha establecido un lenguaje inclusivo y adecuado, “*se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida*”, como hemos visto anteriormente incorpora las circunstancias subjetivas y objetivas para justificar el temor, “*por motivos de*”, como también hemos visto, este es el nexo causal que determina la conexión entre la

persecución y los motivos de la misma, *“raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual”*, esta Ley incorpora siete motivos y no cinco como la CG51 que hemos estudiado anteriormente, *“y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no está incurso en alguna de las causas de exclusión o de las causas de denegación o revocación”*.

5.2.1. Contexto de la incorporación

Esta incorporación se ajusta a unos criterios específicos de aplicación e interpretación. Se le da un valor distinto a las vidas humanas en función del género. Las experiencias masculinas se adoptan como referente neutro, asimilando las experiencias femeninas al mismo. La regulación y la constitución de parámetros de análisis de las respuestas jurídicas que se han dado al respecto, advierten esta premisa.

Posteriormente a la regulación de la Convención y debido a la lucha de determinados movimientos, se ha tenido que tener en cuenta a las mujeres, o personas leídas como tales, en vez de reconceptualizar el listado partiendo de las necesidades, intereses y obligaciones de ambos sexos, simplemente se establece que, desde ese momento en adelante, la mujer gozará de los mismos derechos que fueron pensados desde la experiencia vivencial de los hombres, sin que importe que las mujeres y otras personas con realidades diferentes no hayan participado en la definición, conceptualización y selección de esos derechos, y sin que importe que la experiencia de vida de las mujeres sea diferente y desigual a la de los hombres, porque lo que es concebido desde la óptica masculina se considera como “válido para todos” (Facio, 1991). “El estatuto de refugiado se reconoce, al menos con mayor facilidad, si concurren determinadas circunstancias o factores que son propios o relativos al género masculino. A cómo se construye social y culturalmente el sujeto “hombre”, porque se trata de identidades colectivas y/o grupales. En este sentido, se protegen los motivos de huida relacionados con actividades o acciones consideradas propias de los hombres. Se excluyen, entonces, aquellas experiencias que se adscriben a las mujeres. Es decir, que si se alegan conductas, daños o acciones que suelen ejercerse por o contra las mujeres no son susceptibles de alcanzar los requerimientos previstos por este régimen. Pensemos en la calificación de la violencia contra las mujeres en la pareja como un acto de naturaleza privada, lo que legitimó su exclusión de

la esfera de regulación del Derecho, y cuya gravedad no se consideraba suficiente a efectos de la Convención. En definitiva, el legislador soslaya estas experiencias y elude que la identidad de género incide en todo caso y durante todas las fases del desplazamiento. Es decir, en el momento de la salida del país de origen, durante el desplazamiento, o en la entrada al país sea hombre, mujer o transexual quien solicite el asilo” (Merino, 2012: 99-100).

“Al compartirlos con otras mujeres, los hechos más privados con frecuencia parecían los más estereotipados, los más cara al público. Todas las mujeres, cada una a su modo personal, incluso elegido, reproduce en sus relaciones más privadas una estructura de dominio y sumisión que caracteriza todo el orden público” (Mackinnon, 1995: 172).

El Derecho de asilo sigue siendo un régimen en el que la valoración de las demandas, ante nuevas realidades y daños que no se prevén, supone un juicio de valor entre la sociedad de origen y la de destino, en el que sujetos de esta última se convierten en juez y parte. “Encontramos en no pocas ocasiones la tajante afirmación de que el régimen de asilo se encuentra en un estado de crisis, esto es debido, entre otros motivos, a la exclusión de protección de nuevas formas de persecución y la restrictiva interpretación de sus elementos. Este régimen establece que los elementos que deben concurrir para su establecimiento o concesión se presumen neutros, en tanto que universales pero en realidad no lo son. En este sentido, por ejemplo, la omisión del fenómeno jurídico de la violencia contra las mujeres basada en el género se justificaba alegando que era una cuestión privada, con un origen patológico o de carácter extraordinario. En definitiva, que no era lo suficientemente grave para constituir persecución a los efectos de la Convención [...]. La calificación de un acto como persecutorio se supedita a la interpretación que del mismo realicen los agentes que intervienen en el proceso de determinación del estatuto. Se exige que se alcance un umbral de gravedad, originariamente indefinido, para admitir la existencia de persecución a efectos de la Convención. Su aplicación, como norma general, se ha acotado a conductas graves o muy graves, aunque también se han aportado fórmulas para proteger realidades de persecución excluidas en su origen. Esta inclusión evidencia el carácter dinámico de la institución, al mismo tiempo que da cuenta de la conveniencia de revisar los elementos que componen el concepto de refugiado” (Merino, 2012: 99). Así, atendiendo a Merino, la inclusión de la dimensión de género en las solicitudes de asilo no es una novedad si partimos de la premisa de que el ordenamiento jurídico construye dichas identidades (Merino, 2009).

5.2.2. Formas de persecución

Actualmente, “se ha llegado a un cierto consenso sobre la consideración del género como un criterio que puede singularizar los actos de persecución o incidir en la huida. En este sentido, pueden darse tres escenarios: que el acto persecutorio se base en el género (es decir, que el daño que se cometa sea un tipo específico de violencia basada en el género), aunque el motivo por el que se huya no sea el género, sino uno de los expresamente previstos en la Convención. Entre otros, es el caso de la violencia sexual como acto de persecución que se produce por profesar una determinadas opiniones políticas. Que el acto persecutorio no sea un acto de violencia de género, pero la persecución sí ocurra por motivos de género. Por ejemplo, las agresiones físicas contra una mujer que ha transgredido normas discriminatorias en tanto que impongan obligaciones injustas solo para las mujeres. Que el acto persecutorio sea un acto de violencia de género y que no concurra ninguno de los motivos establecidos en al Convención, sino que se deba a motivos de género. El paradigma de este supuesto es la violencia intrafamiliar basada en el género. Aquí reside la laguna normativa si el género no se considera un motivo de persecución, o al menos si no se reinterpretan los motivos de forma adecuada.

En definitiva, estos tres escenarios guardan relación por la mediación del género. Tanto si se esgrime como motivo de persecución como si el acto persecutorio es violencia basada en el género. Sin embargo, la interpretación sigue sin ser pacífica y ha provocado que el reconocimiento del estatuto de las demandas por estos motivos dependa del país en el que se solicita, que en el ámbito de la Unión Europea la solicitante no puede libremente decidir debido a las estrictas normas de determinación del estado responsable del examen de la solicitud. A consecuencia de ello, urge repensar el reconocimiento del género o su posible toma en consideración para reinterpretar el resto de motivos, tanto porque existe cierto acuerdo en el carácter androcéntrico de este régimen, y porque se debe subvertir dicho presupuesto para integrar estas demandas de un modo coherente y garantista” (Merino, 2012; 2016: 191-192).

Dentro de la distinción por motivo de género hay diferencias sustanciales según el contexto o país de origen o residencia habitual. Las experiencias de persecución y el proceso de determinación de la condición de persona refugiada vendrán moldeados por las diferencias de etnia, clase, orientación sexual, edad, estado civil, situación socioeconómica, etc. La tendencia a tratar a las mujeres como un grupo homogéneo con el fin de enfatizar la manera en que las experiencias de las mujeres han sido marginadas dentro del discurso dominante nos lleva a ignorar diferencias

fundamentales. Según los estudios realizados por Anita Sinha (2001) las sentencias favorables suelen tener como trasfondo prácticas o costumbres ajenas a Occidente; la jurisprudencia se ve animada por erróneos estereotipos raciales y de género, en lugar de verse informada por la correcta aplicación del Derecho. La autora señala como paradigmática de este fenómeno la decisión mediante la cual la Corte norteamericana concede asilo a una demandante, víctima de violencia doméstica, gracias al papel pivote que juega la religión fundamentalista en su persecución, por ejemplo, rituales africanos relacionados con la ablación del clítoris en comparación con la violencia doméstica que no se puede predicar de una raza, una cultura o una religión sino que se trata de un mal endémico de nuestras sociedades que a su vez conduce a la despolitización y descontextualización de las experiencias de persecución de las mujeres y su conceptualización como víctimas pasivas de la opresión masculina o de culturas, religiones o tradiciones opresivas (Sinha, 2001 en Arenas, 2008). Pero las mujeres ni son un grupo homogéneo ni son víctimas pasivas de la dominación patriarcal, sino que son actores sociales que acarrean las contradicciones implícitas de su raza, clase y de su sexo (y su género), y su agencia y capacidad de resistencia no debe ser subestimada (Crawley, 2001). “El término 'víctima' impone a la mujer una imagen de vulnerabilidad y debilidad que perpetúa su estatus de subordinación” (Meyersfeld, 2003: 380).

5.3. Derecho de asilo por motivo de orientación sexual

La condición de persona refugiada por motivo de orientación sexual (Art.3 Ley 12/2009) está condicionada por lo establecido en el artículo 7 denominado “Motivos de persecución”, y donde se establece que en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad de género, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. En ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”.

5.3.1. Contexto de la incorporación

En la *Historia de la Sexualidad* (1980) Michel Foucault critica la visión tradicional de la

sexualidad como impulso natural de la libido por liberarse de las limitaciones sociales. Foucault argumenta que los deseos no son entidades biológicas preexistentes, sino que más bien, se constituyen en el curso de prácticas sociales históricamente determinadas. Foucault hace hincapié en los aspectos de la organización social generadores de sexo, más que en sus elementos represivos, al señalar que se están produciendo constantemente sexualidades nuevas, y señala la existencia de una falta de continuidad importante entre los sistemas de sexualidad, basados en el parentesco y las formas más modernas.

Entre los aspectos de la organización social, encontramos, por ejemplo que el Consejo de Europa¹¹⁰ ha alertado de la necesidad de adoptar instrucciones comunes en todos los países para el tratamiento de solicitantes de asilo gays, lesbianas y sus familiares. La actual situación social de personas lesbianas, gays bisexuales, transexuales y transgénero (LGBTT) representa un problema para la Unión Europea ya que, como norma general, sufren discriminación, intimidación y acoso en todo su territorio. Con frecuencia, esto adopta la forma de expresiones degradantes, palabras ofensivas, insultos, lenguaje abusivo y agresiones verbales y físicas.

La homofobia es un miedo y una aversión irracionales a la homosexualidad y a la comunidad LGB basada en prejuicios. (Resolución del Parlamento Europeo sobre la homofobia en Europa de 2006). La transfobia puede describirse como un miedo a la disconformidad de género o la transgresión de género, por ejemplo, el temor o aversión hacia las mujeres masculinas, los hombres femeninos, los travestis, los transgénero, los transexuales y otras personas que no encajan en los estereotipos de género existentes. Aunque con el uso de la palabra “fobia” en estos contextos no se pretende dar a entender que la persona sufra un trastorno. La discriminación, la lesbofobia, bifobia, homofobia y la transfobia afectan a la vida y a las decisiones de las personas LGBT en todas las esferas de la vida en sociedad. Desde sus primeros años, las palabras despectivas utilizadas para gays y lesbianas en los centros educativos les enseñan a mantenerse invisibles; a menudo experimentan acoso y discriminación en el lugar de trabajo; en muchos países no pueden asegurar su relación mutua como parejas reconocidas legalmente; rara vez observan una imagen positiva en los medios de comunicación; cuando necesitan tratamiento para sí o su pareja dudan en mostrarse en entornos que dan por sentada la heterosexualidad; en las residencias de la tercera edad es raro que haya una comprensión y una concienciación sobre sus necesidades; y si son refugiados que buscan asilo para huir de la persecución en terceros países a causa de su orientación sexual o

¹¹⁰ En la Recomendación 1470 (2000) sobre la situación de los gays, lesbianas y sus familiares en materia de inmigración y asilo en los Estados miembros del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria sostuvo la necesidad de adoptar instrucciones comunes en todos los países para el tratamiento de solicitantes de asilo y refugio pertenecientes a este colectivo.

identidad de género, a menudo no se les cree o, lo que es peor, simplemente son rechazados, aunque en el país del que huyeron la homosexualidad sea un delito.

Los delitos motivados por prejuicios homófobos afectan de diversas maneras. La agresión verbal es el tipo de incidente de odio que más comúnmente se experimenta, y ocurre generalmente en espacios públicos. Las personas jóvenes son objeto de agresiones en mayor medida que otros grupos de edad, mientras que las mujeres lesbianas y bisexuales tienen más probabilidad de sufrir agresiones sexuales o agresiones en ámbitos privados que los hombres homosexuales o bisexuales. Los autores son generalmente jóvenes varones en grupos. En los últimos años se han registrado varios casos de agresiones mortales contra personas transgénero.

La escasa notificación o denuncia es una característica fundamental de los delitos homófobos o transfóbicos, al igual que en otras formas de delitos motivados por prejuicios. La mayor parte de los Estados miembros carecen de los medios necesarios para informar de tales incidentes a la policía, como formularios para presentar denuncias en nombre propio, a través de terceros o mediante asistencia. Los agentes de policía de la mayoría de los Estados miembros no están suficientemente capacitados para reconocer y tratar los delitos motivados por prejuicios. La falta de denuncias también se explica por la reticencia de la mayoría de víctimas a revelar su identidad sexual, a menudo porque las autoridades no son sensibles a su situación o porque no están preparadas para tratar tales incidentes en apoyo de la víctima. La falta de denuncias redundante en que las cifras oficiales no revelan la verdadera magnitud del problema. Además, en toda la UE se ha investigado poco sobre las cifras, el carácter, los autores o las víctimas de los delitos motivados por prejuicios homófobos o transfóbicos.

Los Estados miembros deberían fijar criterios y directrices concretas acerca del trato a los solicitantes de asilo LGBTTIQ y el manejo de las cuestiones relativas a la orientación sexual en los procedimientos de solicitud. Así como velar por que el funcionariado que se ocupan de las personas migradas y las que solicitan asilo LGBTTIQ sean conscientes de las cuestiones de orientación sexual e identidad de género y tengan la formación adecuada para tratar con estas personas¹¹¹. Los Estados miembros deberían prestar particular atención a las necesidades especiales y a las cuestiones de las personas LGBTTIQ retenidas en centros de detención.

¹¹¹ Nos dicen desde EL Defensor del Pueblo (2016:81) que la Oficina Europea impartió en enero de 2016 formación a los instructores en género, identidad de género y orientación sexual. El ACNUR también impartió un curso sobre peticiones formuladas por el colectivo LGBT, al que acudió una parte de los instructores con el compromiso de trasladar las conclusiones al resto. Por su parte, la Oficina de Asilo, ha impartido en el año 2015 sesiones formativas referidas a protección internacional y diversidad sexual; contextos culturales en los enfoques del colectivo LGTB y violencia de género: retos y dificultades en la detección, atención y reparación. La capacitación de las personas que realizan las entrevistas en casos de solicitudes de protección internacional por orientación sexual o por cuestiones de género es esencial, dada la dificultad para evaluarlas.

En los últimos años, gobiernos de todas las regiones han emprendido una variedad de iniciativas encaminadas a reducir los niveles de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género. Por ejemplo, desde 2011, catorce Estados han aprobado o endurecido sus leyes contra la discriminación y los delitos motivados por prejuicios, ampliando la protección relacionada con la orientación sexual y/o la identidad de género y, en dos casos, introduciendo también protecciones legales para las personas intersexuales. Tres Estados han abolido las sanciones penales por homosexualidad; doce han introducido el matrimonio o las uniones civiles de parejas del mismo sexo a escala nacional; y diez han efectuado reformas que, en diversos grados, facilitan a las personas transgénero la obtención del reconocimiento legal de su identidad de género (ACNUDH. 2015). La Declaración y el Programa de Acción de Viena confirman que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Las Naciones Unidas han profundizado en su lucha contra esta discriminación a través de resoluciones y estudios, como la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 4 de junio de 2012 (AG 2721, XLII-O/12), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. En la cual, insta a los Estados a luchar contra estas causas de discriminación y, en particular, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a estudiar la situación en los Estados americanos. O el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, de 17 de noviembre de 2011 (A/HRC/19/41), donde se hace un análisis de los diferentes supuestos de discriminación por esos motivos, desde los más graves, como la penalización de las prácticas homosexuales (llegando a la pena de muerte) a las discriminaciones en diversos ámbitos -del empleo a las prestaciones sociales-, aunque también resalta los logros y mejoras introducidas en los últimos años. El informe concluye con unas recomendaciones (no exhaustivas) a los Estados miembros para erradicar estos tipos de discriminación, medidas entre las que no solo figura la derogación de la normativa discriminatoria, sino la adopción de todo tipo de medidas encaminadas a erradicar esa discriminación, como pueda ser la investigación de las denuncias de violencia por razón de orientación o identidad sexual o la ejecución de programas de capacitación para funcionarios que por sus tareas van a tener un mayor contacto con situaciones potencialmente discriminatorias.

Los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, redactados por un grupo de especialistas en derechos humanos reunidos en Yogyakarta (Indonesia) del 6 al 9 noviembre de 2006, donde lo que se hizo fue poner el acento en la especial problemática LGTB con respecto a los derechos humanos tradicionalmente protegidos y algún otro de carácter más novedoso, como el derecho a participar en la vida cultural (principio 26), acompañándose de una serie de recomendaciones a los Estados para evitar o poner fin a las discriminaciones. Estos principios ponen de relieve un aspecto importante: la diversidad de derechos que pueden verse afectados debido a la discriminación por razón de orientación sexual o identidad sexual, de tal forma que en los derechos universalmente reconocidos como puedan ser el derecho a la seguridad personal, a las libertades de expresión o de manifestación, requieren un reconocimiento específico o una especial protección por parte de los poderes públicos para lograr que estas personas no vean vulnerados derechos debido precisamente a su orientación o identidad sexual. Además algunos derechos están específicamente destinados al colectivo LGTBI como el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica o el Derecho de protección frente a los abusos médicos.

5.3.2. Persecución por motivo de orientación sexual

En la cultura occidental no se tacha a una persona de inmoral, no se le envía a prisión, ni se le expulsa de su familia, porque le guste la cocina con muchas especias. Pero una persona, quizá tenga que sufrir todo esto porque le guste el cuero de un zapato. En última instancia, ¿qué posible importancia social puede tener que a una persona le guste masturbarse con un zapato?. Si el sexo se toma demasiado en serio no ocurre lo mismo con la persecución sexual. Hay un trato inadecuado sistemático a personas y comunidades por razones de sus gustos o conductas eróticas. Hay penas graves por pertenecer a las distintas castas sexuales profesionales. Se niega la sexualidad de la juventud, la sexualidad adulta se trata a menudo como si fuese un residuo, y la representación gráfica del sexo ocurre en un fango de rodeos legales y sociales. Ciertas poblaciones aguantan lo más pesado del actual sistema de poder erótico, pero su persecución sirve de esqueleto a un sistema general (Rubin, 1989).

La discriminación por razón de orientación sexual contiene algunas características específicas, como la contemporaneidad, solo en fechas recientes se ha incluido este motivo como causa específica de discriminación. En los últimos años asistimos a un reconocimiento de la

discriminación (aunque sea muy parcial tiene consecuencias tanto para la gente que lo admite como para la gente que lo desoye) y de un avance de la igualdad en aspectos que afectan a la vida familiar. La frecuente invisibilidad, que se plantea de manera inicial por el ocultamiento de la orientación sexual, resulta perfectamente legítimo, pero puede suponer en sí una merma de derechos si ese ocultamiento se efectúa para evitar un trato discriminatorio por parte de terceros. Conlleva la ausencia de denuncias ante la previa existencia de conductas discriminatorias o lesivas de los derechos. Su alegación deja al descubierto aspectos de la vida privada, aspectos que afectan directamente a la intimidad de las personas, lo que no sucede en otros supuestos. La alegación de este tipo de discriminación desvela una característica de la personalidad que podría quererse mantener oculta y que, en su caso, incluso podría desembocar en ulteriores discriminaciones por parte de otras personas. A la hora de buscar garantías y en el momento de proceder a la reparación de los derechos vulnerados, la reparación no debe provocar otra vulneración de derechos, aunque sea involuntariamente (Elvira, 2014).

Tanto la eliminación de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género¹¹² como la protección de sus derechos, incluida la protección internacional, parten del reconocimiento de uno de los aspectos más íntimos, privados y sensibles de la vida de una persona: la vivencia interna y externa del género, la vivencia personal del cuerpo, y la expresión de su sexualidad, emociones y afectos frente a otros (ACNUR. 2014). La orientación sexual de la persona que solicita protección internacional puede ser relevante en la solicitud de la condición de refugio cuando él o ella teme algún daño de persecución por motivo de su orientación sexual y/o identidad de género real o percibida, que no se ajusta o no se considera que se ajusta a las normas políticas, culturales o sociales predominantes. La intersección de género, orientación sexual e identidad de género es una parte integral en la evaluación de las solicitudes que planteen temas de orientación sexual. Daños como consecuencia de no ajustarse a los roles de género esperados es a menudo un elemento central en estas solicitudes.

¹¹² Tres son los medios principales de protección contra la discriminación a las personas trans que pueden encontrarse en los Estados miembros de la Unión Europea: prohibición de la discriminación entre hombres y mujeres, donde la discriminación basada en lo que no encaja en ninguno de estos ámbitos binarios entra dentro de la discriminación sexista. 13 Estados miembros de la UE entran en esta categoría (Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Letonia, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y Reino Unido). La discriminación contra las personas trans entra dentro de la discriminación por motivos de orientación sexual. Dos Estados miembros entran en esta categoría (Alemania y España). Cae dentro de una prohibición general de la discriminación, sin referencia expresa al sexo o la orientación sexual como motivos. Esto se traduce en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a la protección exacta de las personas transgénero contra la discriminación. (Bulgaria, República Checa, Estonia, Grecia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía y Eslovenia). Hungría aborda la discriminación contra las personas trans en los motivos de identidad sexual dentro de la Ley de Igualdad de Trato.

Las Directrices del ACNUR sobre la Persecución por motivos de género reconocen que: las solicitudes de la condición de refugiado basadas en la orientación sexual contienen un componente de género. La sexualidad o las prácticas sexuales de una persona que solicita pueden ser relevantes en la solicitud de asilo cuando ha sido víctima de acciones persecutorias (incluyendo la discriminación) por razones de su sexualidad o prácticas sexuales. En muchos casos, la persona que solicita se niega a observar los roles y las expectativas sociales o culturales atribuidas a las personas de su sexo (ACNUR. 2002: párrafo 16). El impacto de género es relevante en las solicitudes de la condición de refugiado hechas tanto por hombres como por mujeres LGBTI (ACNUR. 2002: párrafo 3), pero no podemos confundir las persecuciones por motivo de género y las producidas por motivo de orientación sexual, estaríamos invisibilizando este tipo de persecuciones.

La inmensa mayoría de peticiones de asilo basadas en la orientación sexual tratan de casos de hombres homosexuales y no mujeres lesbianas (Neilson, 2005) y ni que decir tiene del resto de preferencias¹¹³ sexuales. Esto se produce por cuatro problemas fundamentales: en primer lugar, porque las mujeres normalmente tienen menos recursos económicos y menos independencia para poder abandonar sus países, por lo tanto, el acceso al procedimiento de asilo es más difícil o prácticamente imposible (Crawley, 2001) ya que las peticiones de asilo deben llevarse a cabo fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual. En segundo lugar, porque las solicitudes de las lesbianas son muchas veces rechazadas porque sus experiencias de persecución no encajan en las formas de persecución de los hombres homosexuales. Históricamente, los hombres, incluidos los hombres homosexuales, sufrían persecución en la esfera pública. Por el contrario, las mujeres lesbianas, como la mayoría de mujeres, suelen sufrir persecución en la esfera privada. Como resultado, una vez más, las mujeres lesbianas tienen mayores dificultades que los hombres homosexuales para lograr ser reconocidas como refugiadas (Crawley, 2001 en Miguel, 2014). En tercer lugar, la información relevante del país de origen puede no ser aplicable a las experiencias de las lesbianas cuya posición puede, en un contexto dado, ser incluida en la de otras mujeres de su sociedad, a pesar de las diferencias que estas tienen que soportar. Se deben tomar en cuenta de forma integral identidades diversas y cambiantes y su expresión, las circunstancias reales de la persona y el contexto cultural, jurídico, político y social (ACNUR. 2010: párrafo 5). En cuarto lugar, la especificidad, por ejemplo en el caso de las mujeres lesbianas, no se debe exigir la existencia de una intención de castigar o una intención maligna en el agente perseguidor, en el supuesto de sostener la posición contraria, sería mucho más difícil para la solicitante demostrar que

¹¹³ Hablamos de preferencia sexual en lugar de orientación porque consideramos que la sexualidad es líquida y fluctúa y se modifica. Al hablar de preferencia mostramos este sentido del “estar” más allá del “ser”.

existe persecución, ya que normalmente la MGF o el intento de curar la homosexualidad es practicada pensando que es lo mejor para las mujeres. Así, por ejemplo, en el caso *Pitcherskaia (1997)*¹¹⁴, antes de ser reconocida como refugiada, se le deniega dicho estatuto en tres instancias a una mujer lesbiana, arrestada, golpeada e internada en un centro psiquiátrico para “curar” su orientación sexual. No se le concedió asilo por qué se estimó que no existía intención de causar daño sino intención de curar y, por ello, no podía hablarse de persecución. “El rechazo del requerimiento de un intento punitivo subjetivo en el ánimo del agente perseguidor debe ser visto como una contribución sustancial para la jurisprudencia de asilo” (Musalo, 1998:365 en Miguel, 2014:332). Para poder hablar de persecución sólo es necesario demostrar que el agente perseguidor cause un daño o sufrimiento a la víctima. Este es el criterio seguido por el ACNUR ¹¹⁵.

Como podemos observar, las experiencias de las personas LGBTTIQ son muy variadas y están fuertemente influenciadas por su entorno cultural, económico, familiar, político, religioso y social. Los antecedentes de la persona que solicita pueden afectar la forma en que expresa su preferencia u orientación sexual, o puede explicar las razones por las que él o ella no vive abiertamente como LGBTTIQ. Es importante que las decisiones sobre las solicitudes de la condición de refugio de personas LGBTTIQ no se basan en interpretaciones superficiales o en supuestos erróneos y culturalmente inapropiadas o estereotipados. Jurisprudencialmente¹¹⁶ se establecen como requisitos para dar lugar al reconocimiento del derecho a obtener esta protección, la concurrencia de tres factores: primero, que el relato de persecución aportado por la persona que solicita sea detallado y coherente, en sí mismo y con la situación del país de procedencia; segundo, que se aporte prueba al menos indiciaria suficiente de la veracidad de ese relato; y tercero, que la información sobre el país de origen corrobore lo expuesto por la persona que solicita asilo, de manera que pueda llegarse a la conclusión de que, ciertamente, la solicitante, en sus circunstancias personales, no pudo obtener protección de las autoridades del mismo.

La desaprobación social de diversas identidades sexuales o su expresión normalmente significa más que la simple desaprobación de las prácticas sexuales. A menudo es subrayado por una reacción a la falta de cumplimiento con las normas y los valores culturales, de género y/o sociales establecidos. Las normas sociales sobre quiénes son y cómo se supone que se deben comportar los hombres y las mujeres normalmente se basan en estándares heteronormativos.

¹¹⁴ *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 95-70887. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 118 F. 3d 641.

¹¹⁵ Año 2008 ACNUR publica las Directrices de Protección Internacional para peticiones de asilo bajo la Convención de Ginebra de 1951 en relación con la orientación sexual e identidad de género. Párrafo 28.

¹¹⁶ Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias). 2009-2012. Pp 37.

Tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de actos violentos para ajustarles a los roles de género de la sociedad y/o para intimidar a otras personas al servir de "ejemplo". Tal daño puede ser "sexualizado" como un medio para seguir degradando, objetivando o castigando a la víctima por su orientación sexual y/o identidad de género, pero también puede tomar otras formas (ACNUR, 2010: párrafo 6 y 16).

La evaluación del "fundado temor de persecución" en estos casos debe basarse en hechos, centrándose tanto en el individuo como en las circunstancias contextuales del caso. El sistema legal en el país en cuestión, incluyendo cualquier legislación pertinente, su interpretación, aplicación e impacto real debe ser examinada (ACNUR, 2011: párrafo 45). El elemento "temor" se refiere a las personas que sufren la aplicación de esas leyes y a las personas que temen que se les apliquen. Cuando la información del país de origen no establece si, o en qué medida, las leyes se aplican en realidad, un clima omnipresente de homofobia en el país de origen podría ser indicativo de que las personas LGBTTIQ son perseguidas. Hay Estados que tienen leyes contra la homosexualidad masculina y no contemplan la femenina u otras formas de preferencia sexual, ya que se entiende que ésta no existe; si se da, será en el ámbito privado, donde será controlada y reprimida; y si finalmente se da en el ámbito público, se le aplicará las leyes contra la homosexualidad masculina. También se trata a estas mujeres de enfermas mentales y se les aplica tratamientos psiquiátricos.

La falta de acreditación oficial en el país de origen dio 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 recurrente, así lo establece la sentencia de 4 de julio de 2007, sobre el recurso interpuesto por un hombre homosexual procedente de Croacia¹¹⁷. Afortunadamente, esta postura ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que, aunque 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. También establece el Tribunal Supremo que no es suficiente con que existan leyes que penalicen la homosexualidad, si no que estas tienen que producir un "fundado temor" sobre la persona que solicita la protección internacional. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005¹¹⁸. Respecto a las personas LGB que provengan

¹¹⁷ SAN de 4 de julio de 2007 SAN 3139/2007 "(...) 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 (...)"

¹¹⁸ STS de 30 de noviembre de 2005 "(...)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 (...)"

de aquellos Estados en los que se criminalicen los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, el criterio general de 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 a la persona que presenta la solicitud.

Este es el caso de Libia¹¹⁹ persona procedente de Mauritania, donde la homosexualidad se castiga con lapidación pública, pero ella, tiene que demostrar la persecución individual sobre su persona producida en este caso concreto por su familia, pues con la mera normativa penal no es suficiente justificación. 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 sólo la situación de inseguridad en el país de origen, sino que ello se manifieste de manera directa sobre el interesado en el sentido de que ante tales amenazas no encuentre protección adecuada y suficiente de las autoridades del país; lo que podría resultar de una denuncia o petición del mismo ante dichas autoridades que permitiera valorar la actitud de las mismas y también el alcance subjetivo de la situación¹²⁰ lo cual podría poner en peligro inminente a la persona.

En la teoría, el hecho de que un sistema penal criminalice la conducta o identidad sexual de una persona es motivo suficiente para obtener protección internacional aunque la persecución no se perpetre de forma efectiva por las autoridades del país de origen. El artículo 6 de la Ley 12/2009 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 un acto de persecución.

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 LGBTTIQ. 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 mismos motivos por los que el perseguido pide protección; incurriendo en uno de los supuestos de falta de protección del artículo 14 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

¹¹⁹ Entrevista realizada el 23 de febrero de 2017.

¹²⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso- Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de 21 de septiembre de 2012. RJ 2012/8941.

“El deseo de matar a alguien por no seguir la norma de género bajo la cual “se supone” que él o ella debe vivir sugiere que la vida misma requiere esa norma y que estar fuera de ella, vivir fuera de ella, es buscar la muerte. La persona que amenaza a otra con violencia parte de la angustiada y rígida creencia de que el sentido de mundo y el sentido de una misma será radicalmente socavado si se permite que un ser como ése, incategorizable, pueda vivir dentro del mundo social. La negación de ese cuerpo a través de la violencia es un intento vano y violento de restablecer el orden, de renovar el mundo social basándose en un género inteligible, de rechazar el reto de repensar el mundo como algo diferente de lo natural y necesario” (Butler, 2001: 20).

ACNUR, al tratar el tema de la legislación que penaliza las relaciones consensuadas del mismo sexo, establece que estas leyes presentan problemas significativos para las personas que solicitan asilo. Las normas morales que condenan la indecencia y obscenidad públicas a menudo se utilizan de forma desproporcionada contra las personas LGBTI. Aún cuando estas normas no se apliquen, su existencia usualmente refleja y promueve una cultura de intolerancia, que puede dar lugar a abusos y discriminación. Dicha legislación penal impide que las personas LGBTI puedan acceder a la protección del Estado en sus países de origen. Incluso después de la despenalización, las actitudes sociales podrían no estar en sintonía con la ley y esto podría resultar en una amenaza persistente. Tanto en Estados con dichas leyes penales como en aquellos que no las tienen, con frecuencia no existe una adecuada respuesta estatal a las denuncias de abuso. En los países de asilo, tales leyes pueden impedir el acceso de las personas LGBTI a la protección internacional. Es importante desarrollar directrices específicas sobre cómo brindar protección en los países donde estas leyes todavía existen. Los Equipos de País de la ONU, incluyendo a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, tienen un papel importante en la promoción de medidas para garantizar la seguridad de las personas LGBTI en sus países de origen (ACNUR. 2010: Considerandos 7; 8; 9) y como mejorar las garantías, los derechos y las opciones de acceso a la protección internacional.

5.4. Incorporación de los motivos de género y orientación sexual al sistema jurídico nacional

Se establece en el Preámbulo de la Ley 12/2009 que “el Título I se dedica a los requisitos que deben cumplirse para dar lugar a la concesión del Derecho de asilo derivado del reconocimiento de la condición de persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria”. Se detallan y

delimitan por vez primera en esta ley todos los elementos que integran la clásica definición: persecución, motivo de persecución y agente perseguidor. “En este Título encuentran cabida algunos de los aspectos más innovadores de la Ley, con especiales referencias a la dimensión de género” en relación con los motivos que, en caso de existir persecución, pueden conducir a la concesión del estatuto de refugiado o refugiada. Se incluyen igualmente, y “con un detalle sin precedentes en nuestra legislación, las correlativas causas que determinan el cese o la exclusión del disfrute del Derecho de asilo”. Encontramos regulado el Derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual, pero en esta ley no se establece una definición de género, sexo, orientación sexual e identidad de género. Tampoco encontramos ninguna referencia a indicadores de género, datos desagregados por motivo de género o sexo que no sean binarios, datos sobre las personas que solicitan protección internacional por motivo de género u orientación sexual. Encontramos esta inclusión, acompañada de unos requisitos, circunstancias y requerimientos que pasamos a analizar desde un punto de vista transfeminista para poder hacer un estudio completo y general de la citada inclusión.

5.4.1. Circunstancias imperantes en el país de origen

En el artículo 7 de la Ley 12/2009 se puede leer que “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”.

En ocasiones, la información disponible sobre la condición y posición de las personas que no cumplen las reglas heteropatriarcales y sus derechos humanos en el país de origen es inexistente o está incompleta, pues como hemos venido estableciendo, en ocasiones, a todas las personas que no cumplen las reglas de la heterosexualidad se las engloba en “los hombres gays”, por tanto, esta información no abarca todo el abanico de posibilidades de preferencia u orientación sexual ni mucho menos toda la información sobre las circunstancias reales de persecución de las personas que podemos enmarcar bajo la rúbrica de género u orientación sexual, pese a que esta información es necesaria para valorar la petición de asilo.

La posibilidad de obtener dicha información viene limitada por el poco tiempo disponible para formalizar la petición de asilo en los procedimientos de urgencia, que como norma general son los utilizados a la hora de solventar estas solicitudes de protección internacional. Esta exigencia deja a los motivos de género y orientación sexual en una posición inferior al resto de supuestos, en los que no se exige la justificación de estas circunstancias imperantes en el país de origen y por tanto sólo dependen de las circunstancias requeridas para el establecimiento del estatuto de refugio. Esta exigencia posiciona a las personas solicitantes de protección internacional por motivo de género u orientación sexual en un claro supuesto de inseguridad jurídica, ya que la falta de información sobre el país de origen por parte de las autoridades puede dar lugar a prejuicios y a denegaciones sistemáticas de solicitudes, sin llegar a tramitar el requerido examen individualizado de las circunstancias personales de cada persona que solicita.

5.4.2. Homofobia desapercibida

En el artículo 7 de la Ley 12/2009 se establece que “en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español”. Este apartado, que ha sido transcrito directamente de la norma comunitaria (Directiva de reconocimiento), es innecesario, ambiguo y claramente discriminatorio. Resulta innecesario porque la Ley 12/2009, en el artículo 8, ya prevé entre los supuestos de exclusión, aplicables a todos los motivos de persecución, la comisión de delitos graves comunes. “Este inciso es manifiestamente ambiguo porque la orientación sexual en sí misma no tiene por qué implicar ninguna conducta tipificada como delito” (Lafuente, 2013:352). 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 13 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.

Es también discriminatorio en relación con los otros motivos de persecución objeto de protección internacional; raza, religión, nacionalidad, determinado grupo social u opiniones políticas, sobre los que la norma no requiere tal consideración de conductas delictivas salvo

aquellas objeto de exclusión del artículo 8 de la norma. Todo este entramado legislativo discriminatorio que deja en un segundo plano un motivo frente a los otros y que busca disuadir a las personas de solicitar protección internacional atendiendo al motivo de orientación sexual e identidad de género, se establece aún sabiendo que en el año 2013 las legislaciones penales de 76 países criminalizaban los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo con penas que abarcan desde la multa, hasta la pena de muerte (ILGA, 2013).

Llama la atención que las y los redactores de la Ley hayan visto pertinente o se sintieran obligados a ‘aclarar’ textualmente que en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español. Una expresión sin consecuencias prácticas pero con repercusiones en el imaginario.

5.4.3. Entrevistas con tratamiento diferenciado por razón de género

El artículo 17 de la Ley 12/2009 destinado a la “Presentación de la solicitud”, en su apartado 5 establece que “La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo”. En el artículo 46 del mismo texto legislativo denominado “Régimen general de protección” podemos leer que “1. En el marco de la presente Ley, y en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos. 2. Dada su situación de especial vulnerabilidad, se adoptarán las medidas necesarias para dar un tratamiento diferenciado, cuando sea preciso, a las solicitudes de protección internacional que efectúen las personas a las que se refiere el apartado anterior. Se dará un tratamiento específico a aquéllas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley. 3. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”.

En este articulado, encontramos conceptos jurídicos indeterminados como “medidas necesarias para que, cuando sea preciso”, expresiones que tienen que ser especificadas, pues de otra manera, queda en manos de la administración el que este hecho se produzca o no, pues en muchas ocasiones la parte solicitante desconoce estos ámbitos de la entrevista y en tal caso, queda en manos de la parte entrevistadora la concesión de información o de establecimiento del supuesto, en caso de que lo vea necesario.

“Deberá hacerse todo lo posible” para posibilitar que el solicitante lleve a cabo un relato completo y preciso de los hechos, designando un funcionario y un intérprete de un género que no lleve al solicitante a sentirse amenazado o incómodo. Se trata de una cuestión de vital importancia cuando el solicitante haya sido víctima de una violación o de otro tipo de abuso sexual y por tanto no tendría que dejarse al arbitrio de la administración. “En algunos Estados miembros, la práctica consolidada consiste en atender tal petición siempre que resulte posible” (Defensor del pueblo, 2016:29-30) y lo mismo debería producirse en el español, porque este supuesto, que en gran medida puede conllevar que la entrevista sea más fluida y cómoda, debería establecerse como obligatorio en el reglamento de desarrollo de este articulado.

Establece ACNUR (2012) que desarrollar una lista de preguntas para la preparación de la entrevista puede ser útil, sin embargo, es importante tener en cuenta que no existe ninguna fórmula mágica de preguntas para hacer y ningún conjunto de respuestas “correctas” como respuestas. Las áreas útiles de preguntas en el ámbito de la identidad de género y en algunas ocasiones en el ámbito de la orientación sexual pueden incluir las siguientes: la autoidentificación como una persona LGBTI debe tomarse como una indicación de la orientación sexual y/o identidad de género. El trasfondo social y cultural puede afectar la forma en que la persona se identifica (por ejemplo, las personas que proceden de países altamente intolerantes no se identifican fácilmente como LGBTI. Este hecho por sí solo no debe significar que se descarte que se pudiera presentar una solicitud basada en la orientación sexual o identidad de género cuando otros indicadores están presentes).

Los prejuicios y la discriminación pueden hacer que sea difícil para las personas aceptar su orientación sexual y/o identidad de género y puede, por lo tanto, ser un proceso lento. El hecho de que una persona transgénero no se haya sometido a ningún tratamiento médico u otras medidas para ayudar a que su apariencia exterior coincida con la identidad preferida no se debe considerar como evidencia de que la persona no es transgénero. Esta evidencia la podemos observar en el caso de Libia¹²¹, mujer trans que se encuentra solicitando protección internacional en el Estado español y no ha podido comenzar la hormonación, a su pesar, por no poder conseguir la tarjeta sanitaria; no le

¹²¹ Entrevista realizada el día 23 de febrero de 2017.

conceden una de urgencia por considerar que no existe riesgo para su salud, ya que no ha parado ningún tratamiento, no lo ha comenzado. Algunas persona se identifican con su identidad elegida sin tratamiento médico, mientras que otras no tienen acceso a tal tratamiento. Puede ser apropiado hacer preguntas sobre cualquier medida que la persona que solicita protección internacional por motivo de identidad de género haya tomado en su transición. Puede que la persona haya crecido en culturas donde la sexualidad y/o identidad de género sea una vergüenza o tabú, como es el caso de Libia, que procede de Mauritania. Como resultado, puede que luchen con su orientación sexual o identidad de género en algún momento de sus vidas. Esto puede aislarles de, o colocarles en oposición a sus familias, amigos, comunidades y la sociedad en general. Las experiencias de desaprobación y de “ser diferentes” o ser el “otro” pueden dar lugar a sentimientos de vergüenza, estigmatización o aislamiento. Puede que las personas que solicitan revelaran o no su orientación sexual y/o identidad de género a las personas cercanas de la familia. Tales revelaciones pueden estar llenas de dificultades y pueden dar lugar a reacciones violentas o abusivas. La persona que solicita puede estar casada o divorciada y/o tener hijas o hijos. Estos factores por si solos no significan nada, pues la orientación sexual, el género o la identidad de género pueden variar en el tiempo o pueden haber llegado a estas situaciones por presión social, familiar, matrimonios forzados. Las relaciones y la atracción entre la persona que solicita y sus parejas, o su esperanza de tener relaciones futuras, por lo general, será parte de la narrativa de las personas LGBTI. Sin embargo, no todas estas personas, especialmente las jóvenes, han tenido relaciones románticas o sexuales. El hecho de que no haya tenido ninguna relación en el país de origen no significa necesariamente que él o ella hayan estado tratando de evitar el daño. Suponiendo que la persona que solicita ha estado involucrada en una relación con una persona del mismo sexo, las personas que toman las decisiones deben ser sensibles con respecto a las preguntas sobre las relaciones pasadas y actuales ya que se trata de información personal que la persona que solicita puede ser reacia a discutir en un contexto de entrevista. Se debe evitar hacer preguntas detalladas acerca de la vida sexual de la persona que solicita protección internacional. No es un método eficaz para determinar si el fundado temor de persecución es a causa de su orientación sexual y/o identidad de género.

Las personas que realizan las entrevistas y las encargadas de tomar las decisiones deben tener en cuenta que la orientación sexual e identidad de género tienen que ver con la identidad de una persona, independientemente de si la identidad se manifiesta a través de actos sexuales. Las preguntas sobre el conocimiento de contactos, grupos y actividades LGBTI en el país de origen y de asilo pueden ser útiles. Es importante señalar, dice ACNUR, sin embargo, que puede que las personas que solicitan y que no habían “salido del armario” no tengan información sobre lugares o

cultura específica. Por ejemplo, el desconocimiento de los lugares de reunión comúnmente conocidos y actividades para grupos LGBTI no es necesariamente indicativo de la falta de credibilidad. La falta de relación con otros miembros de la comunidad LGBTI en el país de asilo o el hecho de que no se haya unido a grupos LGBTI puede tener explicaciones relacionadas con factores socioeconómicas, ubicación geográfica, barreras lingüísticas y/o culturales, la falta de oportunidades o el temor a la expulsión. Cuando la identidad personal está conectada con su fe, religión y/o creencias, puede ser útil examinarlo como una narración adicional acerca de su orientación sexual o identidad de género. La influencia de la religión en la vida de las personas LGBTI puede ser compleja, dinámica, y una fuente de ambivalencia.

Todas estas nociones o marcos de encuadre, en mi opinión, son los que pueden tenerse en cuenta a la hora de realizar una entrevista. Estos y no otros, como el aspecto físico o la religión de la persona que solicita. La entrevista de las mujeres debe realizarse sin la presencia de miembros masculinos de su familia y sin presencia de sus hijos e hijas; la persona que las entrevista debería ser una mujer, ya que ante un hombre es menos probable que hablen de sus experiencias persecutorias (Arenas, 2005); quien entrevista debe ser sensible a las diferencias culturales y consciente de que normalmente las preguntas que se hacen, son formuladas pensando en un solicitante de asilo masculino (Schilders, 1988). Las mujeres deberán ser entrevistadas por separado aunque vengan como parte de una unidad familiar, para empoderar la posibilidad de que soliciten protección internacional; deberán ser informadas de su derecho a elegir entrevistadoras y en un lenguaje que ellas entiendan; es fundamental proporcionar un ambiente abierto y establecer una relación de confianza; se le deberá informar que el contenido de la entrevista no será transmitido a los miembros de la familia; la entrevistadora será neutral y culturalmente sensible. No se requiere prueba documental como tal para que las autoridades reconozcan una solicitud de estatuto de refugiado. Ante la ausencia de las mismas, pueden ayudar formas alternativas de información.

ACNUR(2002), cuando habla de los asuntos procedimentales en la persecución por motivo de género establece que “Las personas que presentan solicitudes de estatuto de refugiado por motivos de género, y en particular los sobrevivientes de torturas o traumas, necesitan un ambiente solidario en donde puedan sentirse seguras respecto de la confidencialidad de su solicitud. Debido a la vergüenza que sienten por lo que les ha sucedido, o a causa de experiencias traumáticas, algunas solicitantes pueden sentirse reacias a exponer la dimensión real de la persecución sufrida o temida. Pueden continuar temiendo a personas con autoridad o temer el rechazo y/o las represalias por parte de su familia y/o comunidad”. Alexandra¹²² me contaba que vino vestida de chico, porque quería

¹²² Entrevista realizada el 10 de noviembre de 2015.

pasar desapercibida, y si iba de chico, creía que tenía la opción de que no la reconocieran, se cortó el cabello, se apretaba los pechos, usaba ropa de hombre, con gafas de sol y así “entré yo al Estado español, vestida de chico”. Entró por Barajas, y siendo transexual hondureña perseguida en su país por este motivo, ante mi pregunta de si conocía qué era el refugio, la respuesta es “pues la verdad es que no. Venía ignorante en ese sentido. Porque de asilo y refugio no se habla en estos países. Yo creo que hasta ahora se habla de eso”, una vez que dijo que era transexual la respuesta que obtuvo fue “si eres transexual, a lo que vienes es a prostituirte, como todos”.

Es crucial que las personas estén informadas sobre el procedimiento para determinar la condición de persona refugiada, acceso a éste, y asesoría legal en una forma y un lenguaje que entiendan. La sala para entrevistas deberá estar dispuesta de tal forma que propicie la conversación, promueva la confianza y reduzca la posibilidad de una percepción de desigualdad de poder. La parte entrevistadora deberá dedicar un tiempo a presentarse a sí misma y a la persona que interpreta, explicar claramente las funciones de cada persona y el objetivo exacto de la entrevista. Se le deberá reafirmar a la parte solicitante que su solicitud será tratada de forma absolutamente confidencial, y que la información brindada no será transmitida a otras personas de su familia. La persona que entrevista deberá mostrarse neutral y objetiva durante la entrevista, y deberá evitar formas de lenguaje corporal que puedan resultar intimidatorias, culturalmente insensibles o inapropiadas. Deberá permitir que la parte solicitante presente su solicitud con el mínimo número de interrupciones. La parte que entrevista o interpreta debe evitar expresar verbalmente o por medio del lenguaje corporal, juicio alguno sobre la orientación sexual, la identidad de género, la conducta sexual o el patrón de relaciones de la persona solicitante. Se puede caer en el denominado *misgendering* que consiste en errar al poner el género, se produce cuando tras saber los pronombres y el género de una persona se siguen utilizando otros. O en el denominado *deadname* hablar a las personas con el nombre que le han impuesto al nacer, cuando este ya no es el suyo. Tomar una postura cissexista, consistente en establecer rangos o diferencias entre las personas transgénero en función de si modifican o no partes de sus cuerpos. En ocasiones reforzamos un lenguaje cissexista, que se asienta en la idea de que el género es algo innato y no una construcción social. Reforzando el pensamiento de la dominación, ejercido por los Estados de acogida sobre las personas refugiadas. Al igual que el establecido por las nociones mayoritarias de sexo-género sobre las minoritarias.

Se establece en el artículo 26 de la Ley 12/2009 denominado “evaluación de las solicitudes” que la Administración General del Estado velará por que la información necesaria para la evaluación de las solicitudes de protección no se obtenga de los responsables de la persecución o de los daños graves, de modo tal que dé lugar a que dichos responsables sean informados de que la

persona interesada es solicitante de protección internacional cuya solicitud está siendo considerada, ni se ponga en peligro la integridad de la persona interesada y de las personas a su cargo, ni la libertad y la seguridad de sus familiares que aún vivan en el país de origen”. La parte entrevistadora, así como la intérprete tendrá que tener una formación adecuada, completa y específica sobre temas de género, determinadas consideraciones y nociones en temas de género no pueden ser entendidas o comprenderse sin una formación anterior. Se debería disponer de los mecanismos necesarios para conceder y garantizar a la parte solicitante asistencia psicosocial y otros servicios de apoyo especializado antes y después de la entrevista.

5.4.4. Extensión familiar por análoga relación de afectividad

En la Ley 12/2009 encontramos el título III denominado “De la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional”, en el cual encontramos el artículo 39 referido al “mantenimiento de la unidad familiar”, establece que “cuando durante la tramitación de una solicitud de protección internacional, los miembros de la familia de la persona interesada [...], se encontrasen también en España, y no hubiesen presentado una solicitud independiente de protección internacional, se les autorizará la residencia en España con carácter provisional, condicionada a la resolución de la solicitud de protección internacional y en los términos que reglamentariamente se determinen”.

Como hemos visto anteriormente, encontramos la extensión y la reagrupación familiar. En el artículo 40 encontramos la “Extensión familiar”. En el apartado primero se establece que “el restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrá garantizarse mediante la concesión, respectivamente, del Derecho de asilo o de la protección subsidiaria, por extensión familiar; en los siguientes supuestos: [...] en el apartado b se establece que podrá obtener el Derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiado o beneficiaria de esta protección “el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, distinta nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente”. En este apartado encontramos una extensión más allá de los límites del matrimonio, importante para la inclusión de parejas no heterosexuales.

Las mujeres que llegan a un país de asilo como parte de la familia, como norma general, son entrevistadas brevemente, incluso en aquellos casos en que los temores de persecución de la mujer puedan ser mayores que los del esposo. Subsumir las peticiones de asilo de las mujeres dentro de la petición de asilo del *cabeza de familia* masculino convierte a las mujeres en invisibles y esta invisibilidad se traduce en desventaja cuando la petición de asilo de la mujer puede ser por un motivo más fuerte que la del esposo, por ejemplo, cuando la mujer tenga miedo a ser sometida a violencia sexual si es retornada (Bhabha, 2004).

Y por último, encontramos en este título el artículo 41, denominado “reagrupación familiar”, donde se establece que “las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrán optar por reagrupar a las personas enumeradas anteriormente, aun cuando ya se encontrasen en España, sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten. Esta reagrupación será siempre aplicable cuando los beneficiarios sean de nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria”. En el apartado segundo se establece que “en este supuesto, que se desarrollará reglamentariamente, no se exigirá a las personas refugiadas o beneficiarias de la protección subsidiaria, ni tampoco a las personas beneficiarias de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración”. Por tanto, supone un problema en este artículo que aún no podamos contar con un reglamento para el estudio completo.

“La resolución por la que se acuerde la reagrupación familiar implicará la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante”, establece el apartado tercero, y el cuarto que “la reagrupación familiar será ejercitable una sola vez, sin que las personas que hubiesen sido reagrupadas y obtenido autorización para residir en España en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior puedan solicitar reagrupaciones sucesivas de sus familiares”.

“La situación jurídica creada por el permiso para la reunificación implicó durante años, hasta que fue reformado, y en cierto modo aún implica, una sumisión de facto de las mujeres a sus marido (Bedoya, 2000; Cestau, 2012 en Barbero, 2017:40).

El Defensor del Pueblo (2016:68) pudo conocer que cuando el matrimonio es posterior a la concesión del estatuto, la Administración denegaba la petición, aunque la Ley 12/2009 no menciona esta limitación de manera expresa. La Administración considera que en estos casos es aplicable el artículo 35 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que establece que cuando el matrimonio o convivencia estable se constituya con posterioridad al reconocimiento de la condición de persona refugiada, la persona interesada no podrá solicitar la extensión del asilo para sus dependientes, sino

el trato favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería. La huida, acogida y protección del país que otorga la protección no debe impedir o dificultar en exceso la posibilidad de que la persona interesada realice su proyecto familiar que pueda haber previsto con antelación o después de la concesión del estatuto. La exigencia de convivencia previa o matrimonio antes de la concesión del estatuto es demasiado rígida, obstaculiza la reunificación y no responde a una imposición de la normativa de la Unión Europea. El Defensor del Pueblo insiste en la necesidad de contar con vías rápidas de acceso para los familiares de los beneficiarios de protección internacional que ya están en el Estado español. La aplicación de la normativa en materia de visados por parte de las representaciones del Estado español en el exterior a familiares de personas refugiadas no resulta adecuada, al igual que la exigencia de aportar a los expedientes de extensión o reagrupación familiar determinada documentación a la que no es posible tener acceso en situaciones de conflicto bélico.

En ningún caso se concederá protección internacional por extensión familiar a las personas incursas en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente Ley.

La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. La mayor parte de los instrumentos internacionales que se ocupan de los derechos humanos contienen disposiciones similares para la protección de la unidad de la familia. El Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de 1951 “Recomienda a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia de la refugiada o refugiado y especialmente para: 1. Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado o refugiada, sobre todo en los casos en que el jefe o la jefa de familia reúne las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2. Asegurar la protección a las personas refugiadas menores de edad y sobre todo a las niñas o los niños aislados y a las personas jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción”. La Convención de 1951 no recoge el principio de la unidad de la familia en la definición de persona refugiada. Pero la mayoría de los Estados observan la mencionada recomendación incluida en el Acta Final de la Conferencia. La regla general a aplicar en estos casos es el principio de que la unidad de la familia entra en juego para favorecer a las personas familiares a cargo y no para perjudicarles.

Nos recuerda José Díaz Lafuente que “en este apartado nos encontramos con una clara controversia respecto a la posible extensión de los derechos sociales a las personas familiares de las refugiadas o beneficiarias por motivo 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, así, 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” (Lafuente, 2014: 357). El reconocimiento de efectos civiles que se le otorga a las parejas del mismo sexo es competencia interna de cada Estado Miembro, así lo recoge el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando dispone que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En 2014 solo nueve países comunitarios, a saber, Países Bajos, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Finlandia y tres de las cuatro naciones integrantes del Reino Unido (Inglaterra, Gales y Escocia) tienen aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que otros diez reconocen las uniones en todo o en parte de sus territorios, con distintos grados de derechos, desde una ley con derechos enumerados como la que reconoce Austria, hasta la casi plena equiparación al matrimonio que reconoce Malta. De tal manera, que 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 inseguridad jurídica, y podría ser objeto de armonización por parte de los diferentes Estados Miembros. Así, el artículo 81.3 del Tratado de Lisboa, TFUE, faculta la adopción de medidas concernientes al Derecho de familia siempre que revistan trascendencia 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. “Pues actualmente esta situación provoca una discriminación manifiesta, encontrándonos 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 motivo de orientación sexual”.

5.4.5. Agentes no estatales

El artículo 13 de la Ley 12/2009 establece que “Los agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: a) el Estado; b) los partidos u organizaciones que controlen el

Estado o una parte considerable de su territorio; c) agentes no estatales, cuando los agentes mencionados en los puntos anteriores, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves”. Este artículo es reproducido por el artículo 6 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011. Aunque hasta hace muy poco, la jurisprudencia mostraba reservas a reconocer la condición de persona refugiada en casos en los que la persecución se llevaba a cabo por un agente no estatal.

“En la concepción inicial de la CG, según el prototipo de refugiado al que protege, el agente de persecución era siempre estatal, aunque se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia la necesidad de conceder el Derecho de asilo en dos situaciones distintas: cuando esos poderes públicos fomentan o autorizan la persecución aunque no la realicen, o cuando son incapaces de ofrecer una protección eficaz frente a ella, incluso en contra de sus deseos” (Santolaya, 2000:186).

ACNUR ha reconocido que “La persecución suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país [...] El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo” (ACNUR, 2002. Párrafo 64.g); en las directrices sobre género, “dentro de la definición de refugiado cabe reconocer agentes de persecución, tanto estatales como no estatales. Si bien los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades de su país, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensa perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades las toleran de manera deliberada o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo” (2002. párrafo 19) y en las Directrices sobre pertenencia a un determinado grupo social que “Los casos en que la condición de refugiado se basa en la pertenencia a un determinado grupo social con frecuencia involucran a solicitantes que enfrentan riesgos de persecución por parte de los agentes no estatales; estos casos implican un análisis de la relación causal (2002. párrafo 20).

Este es un punto muy importante en relación al motivo de género y orientación sexual, normalmente a estas personas se las persigue en el ámbito privado por agentes no estatales, es decir, en el ámbito familiar, dentro de la pareja, o por personas civiles, estas persecuciones son más difíciles de justificar, por que se tiene que demostrar que el Estado de turno no puede o no quiere protegerles, pero este reconocimiento de que la persecución se pueda producir por agentes no estatales es un avance importante y positivo que se debe tener en consideración. Se puso de

manifiesto en el caso *Shah e Islam* (1999) en Reino Unido, donde los supuestos de persecución por agentes no estatales, la incapacidad del Estado para detener y evitar un daño severo (violencia machista en pareja) es sinónimo de aceptación tácita de dicho daño y, por lo tanto, no pudiéndose obtener protección del Estado del país de origen, la mujer víctima de violencia por parte de su pareja puede solicitar asilo y debe ser reconocida como refugiada.

Hathaway ha definido la persecución como “la violación prolongada y sistemática de derechos humanos básicos junto a la ausencia de protección estatal” (Hathaway, 1991:104-105). Esta postura ha sido criticada desde algunos sectores en tanto que, para determinar si existe o no persecución, analiza dos elementos de la definición de persona refugiada conjuntamente, esto es “daño grave” y “ausencia de protección estatal”, en lugar de hacerlo por separado. La definición de persecución de Hathaway facilita el reconocimiento de las mujeres como refugiadas cuando, ante los daños que sufren, el Estado no quiere o no es capaz de ofrecer protección. De este modo se rompe con la dicotomía público-privado y se permite que violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales sean consideradas persecución.

5.4.6. Persecución cuando los estados de origen no pueden proteger a la víctima

Como estamos viendo, en el marco del asilo es fundamental conocer el papel del país de origen en la persecución sufrida. El Estado español tiene la obligación de proteger a las personas refugiadas cuando su propio Estado lleva a cabo la persecución o la promueve, pero también cuando la tolera y cuando no quiere o no puede atajarla. En el artículo 14, se establecen los “Agentes de protección” se establece en el apartado 2 que “en general, se entenderá que existe protección cuando los agentes mencionados en apartado primero, a saber, el Estado o los partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones, que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio, adopten medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves, tales como el establecimiento de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y siempre que el solicitante tenga acceso efectivo a dicha protección”.

El ACNUR adopta la teoría de la protección interna, donde el énfasis recae en la efectiva disponibilidad de protección de los ciudadanos y ciudadanas frente a un daño grave mientras que la teoría de la responsabilidad exigía que el daño fuese en última instancia, atribuible al Estado. La

teoría de la responsabilidad era la que se recogía en la Posición Común de 23 de noviembre de 1995, relativa a la aplicación armonizada de la Definición del término refugiado conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados al disponer que “la persecución por terceros exige que los poderes públicos la fomenten o autoricen. En caso de inactividad se debe tener especialmente en cuenta el carácter voluntario o involuntario de esa inacción”. La teoría de la responsabilidad fue abandonada y sustituida por la teoría de la protección interna prevista en los documentos del ACNUR y adoptada en la Directiva 2011/95 de reconocimiento que, en su artículo 6, establece literalmente que “agentes de persecución o que causen daños graves pueden ser, entre otros: a) el estado; b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; y c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves”. En el artículo 7.2 de este mismo texto legal, tras referirse al Estado y partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio como agentes de protección, determina que “existe protección cuando los agentes mencionados toman medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras las disposiciones de un sistema jurídico eficaz para la investigación, procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección”. En los países miembros de la Unión Europea deberá reconocerse la persecución por agentes no estatales cuando el Estado sea simplemente incapaz de proteger, como sostiene el ACNUR y la Directiva 2011/95 de reconocimiento.

La Audiencia Nacional (2004), en un caso de MGF sostuvo que “el motivo por el que dice haber salido de su país nada tiene que ver con una persecución por parte de las autoridades” (Audiencia Nacional 10 de febrero de 2004. recurso nº276/2003). También se ha denegado el reconocimiento de la condición de persona refugiada en casos de matrimonio forzoso por ser el agente de persecución no estatal (2005): “el daño alegado no proviene del gobierno de su país ni de grupos que hubieran actuado por cuenta de aquellos o bajo su instigación, aquiescencia, tolerancia, o condescendencia” (Audiencia Nacional. 15 de marzo de 2005. Recurso nº 1381/2002). “su persecución es de carácter extraoficial y no hay datos ni indicios de que la persecución de que dice ser objeto haya sido promovida por las autoridades del país o que tales autoridades la hayan autorizado” (Audiencia Nacional. 31 de marzo de 2005. Recurso nº 1217/2003).

5.4.7. Persecución producida por lo que “parecen” ser

Nos recuerda CEAR Euskadi en el artículo Asilo y Género que “también es muy relevante discernir las características que el victimario atribuye a la víctima. Los grupos homófobos no sólo persiguen a una persona por ser homosexual, sino también por parecerlo, por las características que le atribuyen como tal, con independencia de cuál sea realmente su identidad o su preferencia sexual. El agente perseguidor se mueve por percepciones que no siempre son reales. En muchos contextos las mujeres somos percibidas como un grupo diferente, inferior, comercializable, subordinado”.

Las personas pueden ser objeto de persecución debido a su orientación sexual o identidad de género real o percibida. La opinión, creencia o pertenencia puede ser atribuida al solicitante por el agente estatal o no estatal de persecución, incluso si no son, de hecho, LGBTI, y en base a esta percepción pueden ser perseguidos como consecuencia de ello, sin que sean efectivamente LGBTI (ACNUR 2002. Párrafo 32). Este enfoque se denomina de la "percepción social", existe un reconocimiento general de que bajo la correcta aplicación de este enfoque las personas serán protegidas. Este enfoque no requiere ni que el atributo común sea literalmente visible a simple vista ni que el atributo sea fácilmente identificable por el público en general.

5.4.8. Exclusión de personas comunitarias y de países considerados “seguros”

Dentro del Título II, Capítulo I de la Ley 12/2009, encontramos el artículo 16 denominado “Derecho a solicitar protección internacional” donde se establece que “las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España”. Esta exclusión es debida a la confianza mutua y a la consideración de los Estados miembros como seguros, pero hay que tener en cuenta que la persecución también puede provenir de agentes no estatales, incluidos los miembros de la familia, vecinos o la comunidad en general, implicados directa o indirectamente en los actos de persecución que contemplan la intimidación, el acoso, la violencia doméstica y otras formas de violencia física, psicológica o sexual. Incluso en algunos países existen grupos organizados, que tienen, entre otros objetivos, las personas LGTTBI. Y no siempre los Estados comunitarios tienen que poder o querer proteger a la víctima. La protección del Estado no se considera efectiva cuando no responde a las solicitudes de protección o se niega la investigación o enjuiciamiento de los autores de esta clase de violencia, los

cuales actúan con total impunidad, en estos casos se considera que el Estado no quiere o no puede proporcionar protección contra tales daños. A pesar de lo cual la exclusión de los países comunitarios se ha producido por parte del legislador nacional.

En el artículo 20 se establecen los supuestos de “No admisión de solicitudes presentadas dentro del territorio español”. El Ministerio del Interior, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, podrá, mediante resolución motivada, no admitir a trámite las solicitudes cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: por falta de requisitos se establece en el apartado d) “cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares, reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país”.

5.4.9. Solicitudes de asilo por vía diplomática

Como hemos visto anteriormente cuando hemos hablado de las novedades incorporadas en la Ley 12/2009, en el Capítulo VI “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” encontramos un único artículo 38 donde se establecen los requisitos para realizar las “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”. “Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.” algo que perjudica especialmente a las personas que solicitan protección internacional por motivo de género y orientación sexual, por las dificultades que pueden

tener a la hora de que en las embajadas se acepte o rechace sus solicitudes de protección internacional, lo cual les deja en manos de una persona que no siempre tiene por qué tener la formación adecuada para encajar sus demandas en el motivo adecuado.

5.4.10. Trata con fines de explotación

En el Título V de la Ley 12/2009, denominado “De los menores y otras personas vulnerables” encontramos el artículo 46 denominado “Régimen general de protección” en el que se establece que “En el marco de la presente Ley, y en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos.” Como podemos observar, este artículo sólo se refiere a las víctimas de trata como solicitantes de asilo o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad. Aunque supone un reconocimiento como posibles refugiadas. Esto no ha impedido que las autoridades españolas competentes hayan denegado sistemáticamente las solicitudes de protección internacional formuladas por víctimas de trata sometidas a explotación sexual.

Encontramos algunas excepciones reseñables, como la ocurrida en 2013, cuando se concedió el asilo a una mujer nigeriana víctima de trata, que había llegado tres años antes de la concesión al Estado español y solicitó protección internacional para intentar huir de la mafia que la traficaba. El asilo fue concedido a ella y a su hijo de 3 años. Como norma general, se denegaban estos supuestos alegando que el pasaporte utilizado era falso, que las personas que recurren no se encuentran perseguidas por las autoridades de su país ni tienen problema alguno con las mismas, por tanto pueden ser protegidas por sus países de origen. Las autoridades españolas han comenzado a reconocer en el último trimestre del año 2016 la protección internacional a mujeres que habían sido víctimas de trata con fines de explotación sexual. Son 12 mujeres y algunos de sus hijos menores de edad.

El Defensor del Pueblo (2016:80) establece que los organismos del Consejo de Europa han expresado su preocupación por la carencia de procedimientos adaptados a la persecución por

motivos de género y la situación específica de la mujer en la institución del asilo. En la Recomendación 1940 (2010) y Resolución 1765 (2010) sobre las solicitudes de asilo por motivos de género, la Asamblea Parlamentaria llamó la atención sobre la situación de mujeres y niñas que han sufrido diferentes formas de violencia de género y de persecución, como la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos, los llamados «crímenes de honor» o la violencia sexual como método de guerra. La asamblea consideró que se debían aumentar los esfuerzos en la recopilación, análisis y publicación de estadísticas e información sobre estas víctimas y adecuar todo el procedimiento de asilo, desde la fase de reconocimiento hasta el final de la acogida, a necesidades particulares de las víctimas de violencia de género y de persecución por motivos de género.

5.5. Motivos recurrentes para la denegación de las solicitudes por motivo de género y orientación sexual

Lo hemos anunciado anteriormente, pero en este apartado lo pasamos a analizar específicamente, encontramos unos motivos que son recurrentes a la hora de resolver las solicitudes por motivo de género y por motivo de orientación sexual: la alternativa de huida interna, inverosimilitud, falta de prueba suficiente, falta de credibilidad, procedimiento acelerado de tramitación, criterio de discreción, transcurso del mes desde la entrada y desvelar la orientación sexual o la identidad de género una vez iniciado el procedimiento. Analizamos estos y no otros, por ser los que con más frecuencia encontramos a la hora de denegar en las solicitudes estudiadas para la realización de esta investigación, así como por sus graves consecuencias, que pasaremos a analizar posteriormente.

5.5.1. Alternativa de huida interna

En 2003 ACNUR define la alternativa de huida interna como “una zona específica del país en donde no haya riesgo de temores fundados de persecución y donde, dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal”. Así, cuando el temor de la persona que solicita a la persecución está delimitado

territorialmente o se produce sólo en una zona específica del país, fuera de la cual este temor no se materializa, podría ser adecuado evaluar si se puede, de manera razonable, esperar que la persona se mude a otra parte del país y que se acoja a la protección del Estado en ese lugar. “Los estados no habían hecho uso de este concepto hasta la década de los noventa; se trata pues, de un medio característico de la dinámica de contención de flujos que emprende occidente y que juega un papel importante en la denegación del estatuto de refugiado” (Hathaway, 2003: 360). La protección tendría que estar disponible de una manera genuina y significativa. Los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil y otros agentes no estatales no son un sustituto de la protección del Estado.

Dentro del contexto de la evaluación holística de una solicitud de la condición de persona refugiada, la evaluación de si existe o no una alternativa de huida interna requiere dos análisis principales: el análisis de la pertinencia y el análisis de la razonabilidad. Al examinar la pertinencia y razonabilidad de un sitio propuesto para la huida interna o reubicación, las consideraciones de género se deben tener en cuenta. La persona encargada de la toma de decisión tiene que evaluar si causaría dificultades excesivas (incluso examinando las circunstancias personales de la persona que solicita) la existencia de persecución en el pasado, la seguridad, el respeto a los derechos humanos; y la posibilidad de supervivencia económica. La persona que solicita debe poder acceder a un nivel mínimo de derechos políticos, civiles y socioeconómicos. El segundo paso será determinar si esta es razonable. Así, se debe determinar si la persona en cuestión puede, de manera razonable, establecerse en el área identificada y vivir una vida, tomando en consideración las razones originales para la huida, así como consideraciones sobre si el área propuesta provee una alternativa significativa para el futuro.

En los casos en los que las mujeres son perseguidas por motivos de género suelen ser agentes no estatales los que realizan la persecución, por tanto, la alternativa de huida interna puede ser utilizada para limitar todavía más su necesidad de protección internacional. Para responder de manera adecuada a las experiencias de persecución por razón de género, la valoración de la ausencia de protección estatal debe tener en cuenta las obligaciones internacionales de dicho Estado de proteger contra el abuso sistemático. Cada vez más Estados reconocen abiertamente que hay ausencia de protección estatal en relación con actos privados.

La intolerancia hacia las personas LGBTI tiende a existir en todo el territorio del Estado. Si el país penaliza las relaciones entre personas del mismo sexo, tales leyes son aplicables en todo el territorio. La reubicación no es una alternativa pertinente si se tratara de exponer a la persona que solicita a cualquier nueva forma de persecución. No se debe contar con alternativa de huida interna

cuando la reubicación implica el (re-)ocultamiento de la orientación sexual y/o identidad de género. Algunos países han experimentado progreso social y político que a veces se localiza en las zonas urbanas y estos lugares pueden, en determinadas circunstancias, constituir una alternativa de reubicación. En este contexto, es importante recordar que las personas encargadas de la toma de decisiones tienen la responsabilidad de la carga de la prueba de establecer que un análisis sobre la reubicación es pertinente al caso en particular, incluyendo la identificación del lugar propuesto para la reubicación y la recolección de información del país de origen al respecto. En la práctica, rara vez surge la necesidad de evaluar una alternativa de huida interna. “En el Estado español la alternativa de huida interna no ha sido utilizada nunca como causa única para la denegación del asilo, sino que juega siempre unida a otras causas legales” (Santolaya, 2011:98) Al no estar fundamentada en unas circunstancias específicas, su imprecisión y el amplio margen de apreciación de los Estados, convierte la alternativa de huida interna en un argumento imprevisible.

Las persecuciones tienen que recaer sobre la persona individual, no se puede alegar una situación de guerra generalizada que se produzca sobre todo el territorio para lograr la protección internacional y no dar paso a la alternativa de huida interna. El Tribunal Supremo establece, que por lo general, las persecuciones protegibles suelen producirse en contextos políticos y sociales de degradación general de la vida pública y no en casos de enfrentamientos civiles abiertos. En tales casos se invoca esa situación general del país de origen, más que una situación de persecución personal de la parte particular interesada. En el Estado español, la jurisprudencia constantemente señala que las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen de la persona que solicita no dan lugar, por sí solas, y a falta de mayores datos sobre la situación personal, a la concesión de la condición del estatuto de refugio. De esta doctrina se hace eco, a título de ejemplo, la sentencia de 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009). Cuando la persecución se origina en condiciones de guerra civil o casos de conflictos étnicos, es posible que se pueda obtener protección en otro lugar del mismo país donde las autoridades que ejercen la persecución o la toleran no ejerzan jurisdicción.

En los casos relativos a violencia doméstica, la connivencia o incapacidad estatal para proporcionar protección a las mujeres en estas circunstancias suele ser la misma en todo el territorio nacional. No es éste, sin embargo, el criterio adoptado por el legislador comunitario. El test sobre la capacidad de protección estatal efectiva cede el paso al test de la “razonabilidad” en el acceso al lugar de realojamiento, provocando incongruencia y discrecionalidad (Arenas, 2008). Tampoco resulta ilustrativo, en este sentido, el análisis de los Informes de Instrucción, porque no se detienen en el estudio de “las circunstancias reinantes en esa parte del país de origen” (Elemento objetivo del

test de razonabilidad) sino que se centran, exclusivamente, en el análisis de la capacidad personal de la solicitante de asilo para emprender una nueva vida en otro lugar de su propio país. “El llamado “perfil social” se identifica con el test de razonabilidad en una suerte de criterios que, si bien pueden considerarse bienintencionados, conllevan una gran inseguridad jurídica” (Haraway, 3003: 387).

5.5.2. Inverosimilitud

Para la admisión a trámite de una solicitud de asilo en el relato de las persecuciones por motivo de género y orientación sexual deben concurrir dos requisitos: un requisito positivo, basado en la descripción de una persecución por motivos de género y orientación sexual, y un requisito negativo, basado en la ausencia de manifiesta falsedad o inverosimilitud.

Cuando no existe prueba documental o de otro tipo que pueda corroborar las declaraciones en referencia a los hechos de su caso, pueden persistir dudas en referencia a los hechos narrados. Sin embargo, esto no debe incidir negativamente en la solicitud si quien toma las decisiones considera que el relato es, en su conjunto, coherente y plausible. En tales casos, se debe dar el beneficio de la duda. Los informes sobre derechos humanos que se utilicen en este tipo de solicitudes deben ser específicos, estar actualizados y ser acordes a la condición y posición de las personas en el país determinado. Si no existen informes a este respecto el relato debe ganar más fuerza y no considerarse menos creíble. Las tergiversaciones o el no proveer información relevante no deben ser conductas que lleven automáticamente a la conclusión de que la solicitud no es creíble. Las declaraciones falsas se pueden deber a toda una serie de razones, incluyendo el miedo o la desconfianza, los efectos de experiencias traumáticas o la calidad de la traducción. Estas situaciones pueden ser aclaradas en el transcurso del procedimiento o evaluadas nuevamente cuando se sepan todas las circunstancias del caso (ACNUR, 2005). La entrevista tiene que adquirir un enfoque objetivo para evitar la obtención de conclusiones basadas en percepciones estereotipadas, inexactas o inapropiadas. No se debe basar en la presencia o ausencia de ciertas conductas o apariencias estereotipadas para concluir que una persona que solicita posee o no posee una determinada orientación sexual o identidad de género¹²³.

¹²³ Esta cuestión ha sido abordada por varios tribunales de los EE.UU.: *Shahinaj contra Gonzales*, 481 F. 3d 1027, (8° Cir. 2007), 2 de abril de 2007, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821bd462.html>; *Razkane contra Holder*, Procurador General, N° 08-9519, (10° Cir. 2009), 21 de abril de 2009, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5c97042.html>; *Todorovic contra Fiscal General de los EE.UU.*, No. 09-11652, (11° Cir. 2010), 27 de septiembre de 2010, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cd968902.html>.

En ocasiones, el propio testimonio de la persona que solicita es la principal y, a menudo, la única fuente de evidencia, sobre todo, cuando la persecución está en manos de miembros de la familia o la comunidad o cuando no hay información del país de origen. No se debe esperar o pedir a la persona que solicita que traiga pruebas documentales o fotográficas de actos íntimos. También sería inapropiado esperar que una pareja sea “físicamente demostrativa” en una entrevista como una forma de establecer su orientación sexual. La “prueba médica” sobre la orientación sexual de la persona que solicita es una violación de derechos humanos básicos y no debe ser usada. Así, salvo inverosimilitud manifiesta de los hechos, debe aplicarse una presunción *iuris tantum* de veracidad, 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 verosimilitud de los hechos relatados¹²⁴.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional 4014/2010 de la Sala de lo Contencioso de fecha 15/09/2010 podemos observar a qué se refiere con la inverosimilitud. La recurrente, nacional de Camerún, fundamentó su solicitud de asilo, en síntesis, en que sus tíos la obligaron a casarse con el jefe del pueblo de 70 años. Ella tenía 14 y él la violaba. Cuando se murió, el sucesor dijo que ella tenía que seguir siendo su mujer. Vivió con este señor hasta que llegó su hermana en el año 2006, y se la llevó a vivir con ella y su marido. Que el señor fue a buscarla varias veces pero su cuñado no dejó que se la llevara. Su hermana también ha solicitado asilo en España pero por otro motivo. Finalmente huyeron del país (FJ 3º). La instrucción del expediente propuso la inadmisión a trámite al considerar que las alegaciones eran manifiestamente inverosímiles, al tener contradicciones, como son que la solicitante dice haber nacido en el año 1983, por lo que en 1994 tenía 11 años y no 14 ó 15 como alega. Además, dice haber finalizado los estudios secundarios lo que no pudo haber hecho en el año 1994, con tan solo 11 años. Los matrimonios forzados en Camerún se dan en la provincia de Adamaoua, además, los que los realizan suelen practicar la religión musulmana, circunstancia que no concurre en la interesada quien alega practicar la religión protestante. Por otra parte, uno de los problemas que acarrear los matrimonios forzados es el abandono de estudios, sin embargo ha finalizado los estudios secundarios. Además, en la documentación figura que cuando fallece el hombre casado mediante uno de estos matrimonios, al haber pagado por el mismo, se

¹²⁴ En la sentencia de 21 de abril de 2006 del Tribunal Supremo, asienta el requisito de verosimilitud 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. Según esta sentencia, para la mera admisión a trámite de la solicitud basta, por 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”.

considera a la mujer propiedad del marido y el hermano del fallecido, y en algunos casos el hijo, puede heredarla como esposa. Sin embargo, la solicitante dice que fue el nuevo jefe del pueblo y no un familiar de su marido quien se la quedó. La solicitante deja claro que este supuesto hecho finalizó cuando su hermana se la llevó a vivir con su familia a Douala, donde alega que, a pesar de que fueron hasta tres personas a buscarla, no se la llevaron simplemente por que el marido de su hermana dijo que no. Además, la última vez que supuestamente la fueron a buscar fue hace un año, tras lo cual ha continuado viviendo en el mismo domicilio sin problema alguno. Además, el Código Penal de Camerún considera nulos los matrimonios que han tenido lugar sin el consentimiento de una de las partes, por lo que una vez que se encuentra en Douala, fuera de donde supuestamente ocurrieron los hechos relatados, pudo haber denunciado a las autoridades de su país (FJ4º). El ACNUR emitió informe mostrando su conformidad con la inadmisión a trámite, dictándose resolución de inadmisión en fecha 8 de febrero de 2008. La solicitante formuló petición de reexamen reiterando sustancialmente los motivos esgrimidos en la solicitud, si bien precisando algunos aspectos, y aportando una serie de informes sobre la situación en Camerún con el fin de avalar la verosimilitud de su relato (FJ5º). El ACNUR emitió nuevo informe proponiendo la admisión a trámite con el fin de que se estudie en profundidad la posible necesidad de protección de la solicitante a consecuencia de las secuelas producidas por una posible persecución por motivos de género en Camerún.

El Defensor del Pueblo (2016:43) considera que la decisión de no seguir la propuesta del ACNUR debe ser argumentada de manera suficiente. Se ha de dejar constancia del alto porcentaje de casos en los que la Administración decide no seguir estas propuestas, teniendo en cuenta que se trata de una opinión especializada de la máxima relevancia.

Como una prueba indiciaria determinante para valorar la verosimilitud del relato de la persona que solicita, el Tribunal Supremo considera de especial relevancia en los motivos de género y orientación sexual la “información sobre el país de origen”, que será muchas veces la única que permitirá contrastar con un grado de fiabilidad suficiente si lo que afirma la persona que solicita es o no cierto. El problema que encontramos es que a menudo falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionado con la situación y el trato de las personas LGBTTIQ. Esto no debe automáticamente dar lugar a la conclusión de que la solicitud carece de fundamento o que no existe persecución de determinadas personas en ese país.

La medida en que las organizaciones internacionales y otros grupos puedan monitorizar y documentar los abusos contra las personas LGBTTIQ sigue siendo limitada en muchos lugares, o la información se reduce a los hombres gays, generalización que no podemos dar por válida. El

aumento del activismo a menudo se ha visto confrontado con ataques que impiden su capacidad de documentar las violaciones de derechos. El estigma asociado a asuntos relacionados con la orientación sexual y/o identidad de género también contribuye a que los incidentes no sean denunciados. La información puede ser especialmente escasa para ciertos grupos, en particular las personas bisexuales, lesbianas, transgénero e intersexuales. Es de suma importancia evitar sacar automáticamente conclusiones sobre la base de información acerca de uno u otro grupo. Así, el requisito de verosimilitud del relato es especialmente significativo para las solicitudes presentadas por motivo de identidad de género u 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. A estos efectos, el Tribunal Supremo suele acudir a fuentes de información como los informes diplomáticos y consulares, o sobre todo a los informes del ACNUR y otras organizaciones internacionales. A título de muestra, podemos citar la sentencia de 29 de mayo de 2009 (RC 3511/2006. Fjº4), es de resaltar la importancia que da la Sala a los criterios expresados por el ACNUR en sus informes¹²⁵ como también establece el Defensor del Pueblo. Esta doctrina es de aplicación a las solicitudes de asilo, pero no lo es a las de protección subsidiaria, donde cobra singular relevancia, no la contemplación singular de la persona que solicita, sino la verificación del estado general de su país de procedencia.

Señalando que la inverosimilitud manifiesta debe resultar de lo que obre en el expediente administrativo, bien de los datos en sí mismos que en este se contengan, bien del razonamiento que a tal fin haga la Administración. 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. Si esas dudas persisten, no debe la 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.

También encontramos sentencias que admiten la posibilidad de tener por cierto el relato de la persona que solicita, por mucho que el mismo no venga acompañado de ninguna prueba que lo

¹²⁵ Sentencia de 18 de octubre de 2012 (RC nº 875/2012) habla expresamente, en relación con un manual elaborado por el ACNUR, de la *“reconocida autoridad en esta materia del organismo internacional que lo ha elaborado”* (FJ 10º), y una sentencia anterior de 15 de julio de 2011 (RC nº 2575/2008), apunta, en relación a ese mismo manual del ACNUR, que *“carece de contenido normativo y por ende no resulta vinculante para los Tribunales de Justicia, pero que por proceder de un organismo internacional de reconocida autoridad en esta materia como es el ACNUR, puede ser citado a efectos argumentativos”* (FJ 4º). En fin, la sentencia de 29 de abril de 2011 (RC nº 2530/2009) enfatiza *“la suma importancia que reviste la intervención del ACNUR en los procedimientos administrativos de asilo”* (FJ 5º).

sostenga, siempre y cuando concurren una serie de elementos cualificadores de la veracidad del relato. Así, lo establece, entre otras, la sentencia de 29 de abril de 2011 (RC nº 3986/2009)¹²⁶.

Acerca del significado y alcance de la expresión “indicios suficientes”, podemos mencionar la Sentencia de 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006)¹²⁷ donde se establece que si se exigiera prueba plena, la institución del asilo podría quedar desprovista de cualquier operatividad práctica, habida cuenta que los grupos perseguidores no suelen dejar constancia fehaciente de sus ataques y amenazas.

El Tribunal Supremo ha declarado que no ha lugar al recurso de casación manteniendo la falta de indicios suficientes, y argumentando que por carecer de soporte documental debería haber desarrollado al menos una actividad probatoria adecuada sobre la situación de su país de origen que permitiera dar por cierta la situación generalizada de hostigamiento social sufrida por el colectivo determinado (Sentencia de 21 de septiembre de 2012)¹²⁸. Se hace necesario que tanto la Administración como los Tribunales flexibilicen la rigidez en la exigencia de los indicios. Siendo más pertinente la línea jurisprudencial que permite la admisión a trámite, aún a falta de elementos indiciarios, cuando el relato goza de precisión y coherencia. Encontramos jurisprudencia que admite la posibilidad de tener por cierto el relato de la persona que solicita, aunque el mismo no venga acompañado de prueba alguna que lo sostenga, siempre y cuando concurren una serie de elementos cualificadores de la veracidad del relato, como son una precisión, detalle y coherencia tal que permita concluir racionalmente que es verosímil aun faltando pruebas añadidas que lo sustenten (Sentencia del TS de 29 de abril de 2011). Dado el grado de invisibilidad, ocultismo y estigmatización con el que se vive en algunos países las practicas sexuales no institucionalizadas como válidas, se hace

¹²⁶ STS de 29 de abril de 2011 (RC 3986/2009) “[...] 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 (SSTS 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)” [FJ5º].

¹²⁷ STS 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006) “[...] Por su parte, en otra STS de 30 de noviembre de 2006, señalamos que “...con esa expresión se refiere la Ley a los indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad. Para realizar esta operación de valoración, el bloque normativo regulador del asilo dota al órgano jurisdiccional de una amplia libertad de apreciación a fin de sopesar los datos de que dispone, pues de otra manera la institución de asilo podría quedar desprovista de cualquier operatividad práctica, habida cuenta que los grupos perseguidores no suelen dejar constancia fehaciente de sus ataques y amenazas. [...]” (FJ 4º)

¹²⁸ Este mismo argumento empleó el TS para desestimar el recurso de casación de un homosexual procedente de Nicaragua, en la sentencia de 21 de septiembre de 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. En ella reitera el TS 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.

necesaria esta última línea jurisprudencial, y que tanto la Administración como los Tribunales flexibilicen la rigidez en la exigencia de los indicios¹²⁹.

5.5.3. Falta de prueba suficiente

Es un principio de derecho vinculante con la teoría de la prueba que quien alega debe presentar las pruebas necesarias para justificar que sus alegaciones son verdaderas. Pero en esta regla, se debe tener en cuenta la situación específica de las personas y el derecho al que nos estamos refiriendo, en el caso de las personas que solicitan protección internacional, debido a que en muchas ocasiones no es posible que la parte solicitante de asilo aporte pruebas documentales o de otro tipo, dadas las circunstancias de su salida o la naturaleza de las alegaciones que presenta, pues no todas las alegaciones ni pruebas tienen la misma naturaleza ni se pueden justificar o probar de la misma manera o con la misma facilidad, la responsabilidad de establecer los hechos se comparte entre la persona que solicita y la encargada de tomar la decisión.

Entre los derechos y obligaciones de la parte solicitante regulados en el artículo 18 de la Ley 12/2009 encontramos en el apartado 2 que serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes: cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional; presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado, incluido el de parientes relacionados, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección. En el apartado 6 del artículo 17 se establece que las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a la parte solicitante sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentar, facilitándoles la información básica en relación con aquella. Asimismo, colaborarán con la parte interesada para establecer los hechos relevantes de su solicitud. Esta responsabilidad se

¹²⁹ Este mismo criterio ha sido defendido en las STS de 18 de diciembre de 2008, de 16 de junio de 2009 y de 30 de octubre de 2009. Así como en la STS de 16 de febrero de 2009, que sostiene 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: el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición, 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, las declaraciones del solicitante se consideran coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso, 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, y se ha comprobado la credibilidad general del solicitante.

tiene que establecer realmente de manera conjunta, por la trascendencia e importancia del derecho y las consecuencias de una denegación del mismo. Sin olvidar que quienes toman las decisiones deben determinar el valor de la prueba y la confiabilidad de las declaraciones.

Generalmente se acepta que cuando un informe sobre derechos humanos indica que existe un riesgo, el temor a sufrir ese daño es fundado. Sin embargo, en muchos casos de violaciones de derechos humanos no existe información sobre la condición y posición específica en un país determinado, en muchas ocasiones se estudian las violaciones de los derechos humanos de la población mayoritaria, o desde una mirada heteropatriarcal sobre la utilización y la incidencia de la violencia. Así, el grado de protección disponible o las consecuencias que podría sufrir en caso de devolución una persona perseguida por motivo de género o con una identidad de género disidente de la norma heteropatriarcal, al no existir informes o datos al respecto, puede tenerse como inexistente. La persona encargada de tomar la decisión sobre la concesión debe estar familiarizada con la situación objetiva en el país de origen de la persona solicitante, en caso contrario no debería hacerse cargo de este procedimiento. En la Ley 12/2009 se establece que en los motivos de género y orientación sexual se atenderá a las circunstancias del país de origen de la persona solicitante, y por tanto es de total relevancia a la hora de establecer la prueba, estar informada sobre asuntos relevantes de conocimiento común.

Establece ACNUR (2002) que a la hora de tratar los asuntos probatorios “no se requiere prueba documental como tal para que las autoridades reconozcan una solicitud de estatuto de refugio; sin embargo, información sobre las prácticas en el país de origen podría ayudar a sustentar determinado caso. Es importante reconocer que, en relación a las solicitudes de género, las pruebas utilizadas para otras solicitudes podrían no estar igualmente disponibles. Cifras estadísticas o informes sobre la incidencia de violencia sexual pueden no estar disponibles debido al bajo índice de denuncias o a la falta de procedimiento en juicio. Otras formas alternativas de información pueden ayudar, como por ejemplo los testimonios orales y escritos de mujeres en situaciones similares, de organizaciones internacionales o no gubernamentales, e investigaciones independientes. En muchos casos el daño sufrido no puede acreditarse con una prueba documental.

Debido a que por ejemplo, sus actividades políticas pueden estar vinculadas a su rol reproductivo y llevarse a cabo en el ámbito privado; o puede no ser capaz de demostrar que se le imputa una determinada opinión política. Por ejemplo, probar una violación, donde no hay denuncia por miedo a las represalias o las autoridades de su país no registran de forma documental esa violación, va a ser difícil ya que normalmente se producirá en el ámbito privado, sin testigos y, en ocasiones, no hay pruebas físicas acreditadas documentalmente o que se mantengan a lo largo del

tiempo que transcurre desde que se produjeron hasta que se solicita protección internacional como consecuencia de las mismas.

Jurisprudencialmente¹³⁰ se establecen tres requisitos que dan lugar al reconocimiento del derecho a obtener la protección: primero, que el relato de persecución aportado por la solicitante sea detallado y coherente, en sí mismo y con la situación del país de procedencia; segundo, que se aporte prueba al menos indiciaria suficiente de la veracidad de ese relato; y tercero, que la información sobre el país de origen corrobore lo expuesto por la solicitante de asilo, de manera que pueda llegarse a la conclusión de que, ciertamente, la solicitante, en sus circunstancias personales, no pudo obtener protección de las autoridades del mismo.

También encontramos en la jurisprudencia una prioridad del elemento objetivo sobre el elemento subjetivo de la norma. Así, se ha reiterado en diferentes ocasiones que para obtener el reconocimiento de la condición de persona refugiada es preciso que los actos de persecución expuestos en el relato de la persona que solicita se refieran a hechos dotados de una significativa trascendencia, los acontecimientos puramente episódicos, aislados y/o de escasa relevancia carecen de entidad suficiente para merecer la consideración de una persecución protegible. En este sentido se ha pronunciado la STS de 25 de noviembre de 2005 y de 10 de febrero de 2006.

La Sentencia del Tribunal Supremo 4013/2011 de 15 de junio de 2011 establece que dando un paso más “hemos de valorar, a tenor de las consideraciones supra expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (nivel indiciario) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Primero, por ejemplo, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84 para la concesión del Derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital” (FJ 4º).

¹³⁰ Doctrina jurisprudencial sobre protección internacional (asilo y refugio, protección subsidiaria y autorización de permanencia en España por razones humanitarias). 2009-2012. Pp 37.

Un elemento probatorio que suele manejarse en esta sede es la inutilidad de la denuncia formalizada ante las autoridades del país de origen, que, según alegan con frecuencia los solicitantes de asilo, se revela infructuosa o incluso contraproducente para conseguir protección. Pues bien, la jurisprudencia ha matizado que denunciar unos hechos ante las Autoridades del país de origen y marchar del país poco tiempo después equivale a no denunciar los hechos. Sentencia de 19 de septiembre de 2011 (RC 3201/2008)(Fjº 5).

Respecto a las personas LGBTI que provengan de aquellos Estados en los que se criminalicen los actos sexuales consentidos y mantenidos entre personas adultas del mismo sexo, el criterio general que 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. El Tribunal Supremo estimó en la sentencia de 21 de septiembre de 2012 (RJ. 2012/8941) que para que la concesión del Derecho de asilo resulte justificada es preciso que se acredite la situación de inseguridad en el país de origen y 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 una denuncia o petición de la persona interesada ante dichas autoridades que permitiera valorar la actitud de las mismas y también el alcance subjetivo de la situación. ACNUR (2008) 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, en la línea de la jurisprudencia seguida por el Estado español.

5.5.4. Falta de credibilidad

En el documento *Huyendo de la Homofobia*¹³¹ se establece que el tema de la credibilidad ha llegado a formar parte del núcleo de la mayoría de los casos de asilo. El proceso de determinación de la credibilidad es, obviamente, muy difícil por la falta de sensibilización de los órganos decisores, cuya valoración propia de la vivencia y de la realidad se utiliza como punto de referencia a la hora de evaluar las declaraciones de una persona procedente de un país extranjero y

¹³¹ *Huyendo de la Homofobia*, Peticiones de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa, escrito por Sabine Jensen y Thomas Spijkerboer. Apartado 5 “Determinación de Credibilidad”.

de distinto nivel cultural, códigos sociales y sistema de valores. En muchos casos, la determinación de la credibilidad se centra primero en determinar si la persona solicitante es LGBTI.

Dos elementos adicionales contribuyen a la complejidad de dicho proceso. Primero, en muchos Estados miembros de la UE aún quedan rasgos latentes y muy presentes en el sistema de asilo de la idea preconcebida según la cual ser LGBTI es una perversión en el sentido médico, psicológico o psiquiátrico, aunque la noción ha sido derogada de manera oficial en cuanto a la orientación sexual y, a día de hoy, está altamente refutado con respecto a personas transexuales e intersexuales¹³². El uso de cualquier evaluación médica, psiquiátrica y/o psicológica, para establecer la orientación sexual y/o la identidad de género de una persona que solicita protección internacional no tiene validez.

El segundo elemento que añade complejidad a la determinación de la credibilidad en los casos de asilo LGBTI es el uso de estereotipos¹³³. Las personas usan estereotipos con el fin de estructurar los impulsos sensoriales que reciben. Por ejemplo, resulta problemático si las autoridades de asilo piensan que todos los hombres homosexuales procedentes de Irak son afeminados; o que una mujer lesbiana de Sierra Leona debe saber si los actos sexuales entre mujeres están considerados como ilegales y los motivos de criminalización; o si un hombre de Egipto que desconoce el mejor bar gay en la ciudad de Dublín puede ser considerado como homosexual; o si una mujer que está casada con un hombre con el que tiene un hijo puede ser lesbiana o bisexual.

En los casos relacionados con la persecución por motivo de orientación sexual, esta característica en sí se convierte en un hecho cuestionable. Se tiene la sensación de que determinadas identidades, expresiones y costumbres son más creíbles que otras. Por ejemplo, de acuerdo con un caso acaecido en Dinamarca, ser bisexual puede ser sospechoso: “hay algunos casos en los que las personas son homosexuales pero luego, en cierto modo, no lo son. Puede resultar difícil de evaluar. Tuvimos un solicitante que dijo haber sido homosexual, pero que ya no lo era porque ya no le

¹³² Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2012 -recurso número 535/2011- en la que 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 en el plano normativo y la limitada especificidad de su subjetividad jurídica.

¹³³ Lo podemos observar en la sentencia 2102/2012 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional donde se establece que “ *Por lo demás, el relato se considera exagerado, estereotipado y extraordinariamente similar al que con carácter general realizan los ciudadanos marfileños, especialmente los que solicitan asilo en las mismas fechas, resultando las familias masacradas pero el solicitante consigue sobrevivir en situaciones poco creíbles*”. O lo establecido en la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional SAN 3902/2010 donde se establece que “ *Por una parte, sus alegaciones de cariz político responden a una pauta que, dicho sea con todos los respetos, resulta seriada, en cuanto similar, incluso en cuanto a datos o circunstancias invocadas, a otros supuestos de hecho sometidos al conocimiento de esta Sala y Sección*” o en la STS 4630/2012 de la Sala de lo Contencioso donde se establece “ *El Instructor del expediente emitió informe desfavorable a la concesión del asilo, argumentando esencialmente que las alegaciones del solicitante eran genéricas e imprecisas, conteniendo elementos tópicos y estereotipados muy comunes entre las solicitudes de asilo de nacionales marfileños.*”

parecía divertido. También nos encontramos con estas cosas, y puede ser difícil tomarlo en serio”¹³⁴. Asimismo, el hecho de que una persona solicitante esté o estuviera casada/o o comprometido de otro modo en una relación heterosexual, o que tenga hijas/os, puede ser interpretado por quienes toman las decisiones sobre el asilo como una indicación de heterosexualidad.

A pesar de la inexistencia de una “solución” para el uso de estereotipos, en la práctica es de suma importancia que las autoridades sean conscientes de su predisposición innata a pensar en estereotipos; que tomen conciencia de los estereotipos concretos a los que se suelen referir a la hora de evaluar una petición de asilo, y que estén abiertos a la posibilidad de cuestionarlos. A dicho propósito, se tendría que implementar un módulo específico de capacitación sobre temas de asilo y LGBTI al inicio del curso de formación para las personas decisoras, siendo una parte estándar de la base de su formación general. El papel de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo es importante en este tema, y su participación activa es clave para su desarrollo.

En lo relativo a las solicitudes LGBTI, la Nota orientativa del ACNUR explica, como hemos establecido también anteriormente, que identificarse a sí como LGTBI debe tomarse como una indicación de la orientación sexual de la persona. Algunos solicitantes serán capaces de proporcionar pruebas de su condición LGBTI, por ejemplo, mediante declaraciones de testigos u otras pruebas documentales, pero no es necesario que documenten actividades en el país de origen que indiquen su distinta identidad de género u orientación sexual. Cuando el solicitante no puede proporcionar pruebas de su orientación sexual, y/o existe una falta de información suficiente y específica sobre el país de origen, la persona encargada de tomar las decisiones tendrá que confiar únicamente en el testimonio de esa persona. Así como señala el Manual del ACNUR “...si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos de que existan razones de peso para no hacerlo, siempre debe tenerse presente el beneficio de la duda...” Para que esto sea real es importante que las solicitudes LGTBIQ sean entrevistadas y estudiadas por funcionariado capacitado y bien informado sobre los problemas específicos que enfrentan estas personas. Lo mismo se aplica para las personas que interpretan la entrevista. Es necesario, la impartición de cursos de formación específicos, la transversalidad de las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género en la inducción del personal nuevo y en la formación de personal existente (ACNUR, 2008)

En Austria, Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia, Rumanía y Eslovaquia, las evaluaciones médicas (evaluaciones de psiquiatría, psicología o de sexólogas/os, así como la

¹³⁴ Persona empleada en el Servicio de Inmigración de Dinamarca. Citado en M.T. Drud-Jensen, S.P. Knudsen. Departamento de Sociología de la Universidad de Copenhague, 2007, p.132.

evaluación de la reacción física ante imágenes pornográficas, como la famosa prueba de evaluación falométrica) se utilizan para establecer si la persona que solicita es una persona LGB. En Hungría, entre 2004 y 2007 la *Oficina de Inmigración* solicitaba la opinión de un experto en psiquiatría acerca de la orientación sexual de las personas que solicitaban asilo. En otros casos de asilo, por ejemplo los basados en la persecución religiosa o política, no se pedía tal opinión¹³⁵. En Hungría y en Bulgaria se acude a la utilización de ciertas pruebas de análisis psicológicos conocidas como pruebas 'Rorschach' y 'Szondi'. Dichos exámenes se aplican hasta en los casos más claros, a no ser que sean casos de transexualidad o de hombres homosexuales de apariencia o de comportamiento “bastante” afeminado.

En Alemania, los informes médicos redactados por psicólogos, psiquiatras u otros expertos médicos se han aportado por propia iniciativa de los solicitantes de asilo. En algunos casos, parece ser la única forma de convencer a los tribunales, particularmente en casos donde el solicitante no había mencionado su orientación o preferencia sexual en el proceso de solicitud inicial y ha declarado ser una persona L,G, o B en una etapa más avanzada del proceso. El tema se complica, porque en Alemania, se definió en la decisión histórica del Tribunal Federal Administrativo de 15 de marzo de 1998 que lo decisivo es si la persona solicitante tiene una orientación homosexual irreversible. Una mera inclinación a actos homosexuales no es decisiva, ya que la persona implicada puede elegir actuar o abstenerse de cualquier participación, según le plazca. Por suerte, algunos tribunales alemanes han empezado a poner en duda el valor de las opiniones de las personas expertas en sexología. Las/os sexólogas/os mismas/os, también muestran mucha cautela, pues se ha comenzado a enfatizar la idea de que numerosos factores se han de tomar en consideración con el fin de “declarar” la orientación sexual de alguien y que semejantes comentarios no se puedan tomar en absoluto como definitivos.

Las personas transexuales e intersexuales pueden estar ya antes de solicitar protección internacional en contacto con al menos un médico, no obstante, la gente que se identifica como personas T o I, pero que no busca intervención médica, puede no estarlo ni querer estarlo. El motivo de la escasez de ejemplos de falta de credibilidad en solicitantes transexuales e intersexuales puede ser que, en la práctica, normalmente entregan informes médicos respecto a su condición.

Respecto a la práctica de la “falometría”, el Test Falométrico fue inventado en 1950 por el físico y sexólogo checo Kurt Freund, y consiste en medir la estimulación sexual o el orgasmo del

¹³⁵ Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UELilla Farkas, «Thematic Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Hungary», abril de 2008, disponible en <http://www.fra.europa.eu>

hombre o de la mujer, se ha empleado para analizar el comportamiento de agresores sexuales o pederastas en países como Canadá y Estados Unidos. En la República Checa formaba parte de los trámites para la demanda de asilo por orientación sexual “se aplicaba en casos dudosos y cuando no había otra posibilidad de probar la orientación de esas personas” argumenta el Gobierno checo. La UE no está conforme con el análisis, y como es evidente, es contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales en lo relativo a la prohibición de la tortura, el trato inhumano o degradante, y el respeto a la vida privada. Las críticas por parte de la Agencia para los Derechos Fundamentales, la Comisión Europea, varias ONG y el ACNUR hicieron que se suspendiera su práctica.

La evaluación falométrica fue utilizada una vez en Eslovaquia en el año 2005. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que por un lado acepta que la falometría es un proceso humillante, sostiene que no representa una violación del Artículo 3, por que medidas consideradas como necesarias terapéuticamente no pueden ser consideradas como degradantes. Pero estando ausente el objetivo terapéutico en el contexto de una solicitud de asilo, ha de ser considerado como una violación del artículo 3. En lo que se refiere al artículo 8, la fuerte intromisión en la vida privada que representa el proceso de análisis “falométrico” puede estar justificada, si fuese necesario en una sociedad democrática, pero el objeto de esta prueba se puede lograr por otros medios .

Se intenta justificar que el informe médico se puede aplicar cuando la persona que solicita protección internacional da su consentimiento para el mismo. Pero, ¿se puede considerar que este consentimiento es libre? Si su rechazo hacia cualquier prueba científica puede motivar la denegación de su solicitud de asilo y la exposición a la persecución en su país de origen, dicho contexto ejerce una presión considerable sobre las personas que solicitan asilo.

La homosexualidad ha dejado de ser considerada como una condición médica o psiquiátrica desde 1990, año en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo eliminó como tal. De ahí, que la determinación de una persona que solicita protección internacional como una persona LGB se ha quedado fuera del área de especialización de expertos médicos y psiquiátricos. Actualmente ICD-10 (Clasificación Interna de Enfermedades) de la OMS incluye el “Transexualismo” y la “Transvestismo de doble rol” en la categoría de “Trastorno de Identidad de Género”, ubicada en la lista de “Trastornos Mentales y de Comportamiento”. Se ha lanzado un llamamiento a la “de-psiquiatrización” de todas las identidades de género por sus consecuencias e implicaciones. Así, unida a la iniciativa STP-2012 (Parar la Trans-patologización), se solicita la eliminación de las identidades de género de los manuales de diagnóstico.

Las evaluaciones médicas, psicológicas y psiquiátricas son intrusivas y pueden constituir una violación de la privacidad cuando no sirven a ningún propósito fijo. Una intervención médica ha de ser considerada como una intromisión en el Derecho de privacidad estipulado en el Artículo 8 del CEDH. Si este examen se requiere con el objetivo de conseguir acceso a un derecho, se ha de hacer de acuerdo con la ley, servir a una causa legítima y ser considerado necesario en una sociedad democrática (principio de proporcionalidad); también formulado en el artículo 18 de los Principios de Yogyakarta, que establecen que “Ninguna persona ha de estar obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento médico ni psicológico, ni procedimiento, ni análisis, ni estar ingresado en ningún centro médico por su orientación sexual y/o identidad de género, ya que no son propiamente condiciones médicas y, por lo tanto, no han de ser ni tratados, ni curados, ni reprimidos.”

Se tiene el prejuicio de que determinadas identidades, expresiones y costumbres son más creíbles que otras ... por ejemplo en Dinamarca, cambiar las preferencias sexuales o ser bisexual puede ser sospechoso: “y hay algunos casos en los que las personas son homosexuales pero luego, en cierto modo, no lo son. Puede resultar difícil de evaluar. Tuvimos un solicitante que dijo haber sido homosexual, pero que ya no lo era porque ya no le parecía divertido. También nos encontramos con estas cosas, y puede ser difícil tomarlo en serio” (persona empleada en el Servicio de Inmigración de Dinamarca).

Asimismo, el hecho de que una persona que solicita esté o estuviera casada o comprometida de otro modo en una relación heterosexual, o que tenga hijos/as puede ser interpretado por quienes toman las decisiones sobre el asilo como una indicación de heterosexualidad. Estas cuestiones no obedecen necesariamente a homofobia o discriminación, sino que son más bien indicativas de la falta de conocimientos y recursos para abordar la orientación sexual. Un miembro de la Federación Sueca por los Derechos de LGBT, que trabaja en el tema del asilo lo describe como un fenómeno de heteronormatividad: “Hablamos mucho sobre la heteronormatividad y que no siempre se puede dar por sentado que la persona que se tiene enfrente es heterosexual [...] Un ejemplo real es el de un entrevistador que pregunta “¿tiene novia?” y, al hacerlo, excluye la posibilidad de que un solicitante de asilo varón tenga una pareja masculina. [...] Hay también otros casos: por ejemplo, el hecho de que un entrevistador diga que es extraño que hayas ido a un parque para conocer a otros homosexuales [...] muestra que no tiene ni idea de cómo socializan y entablan contactos los homosexuales”(Miembro de la Federación Sueca por los Derechos de LGBT).

5.5.5. Procedimiento acelerado de tramitación

El cual hemos establecido anteriormente, afirmando que como norma general es el utilizado para la tramitación de los motivos de género u orientación sexual, y que pasamos a analizar desde este punto de vista, pues en el artículo 25 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre se establece que el Ministerio del Interior, de oficio o a petición del interesado, acordará la aplicación de la tramitación de urgencia, previa notificación al interesado, en las solicitudes en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: parezca manifiestamente fundadas; hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente, por menores no acompañados; que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria; que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado “seguro”, y del que posea la nacionalidad, o si fuera apátrida, en el que tuviera su residencia habitual; que la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes; que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación. Cuando la solicitud de protección internacional se hubiera presentado en un CIE, su tramitación deberá adecuarse a lo dispuesto para las solicitudes en frontera. En todo caso, presentadas las solicitudes en estos términos, aquéllas que fuesen admitidas a trámite se ajustarán a la tramitación de urgencia prevista en el presente artículo. La CIAR será informada de los expedientes que se vayan a tramitar con carácter de urgencia. En este procedimiento los plazos se verán reducidos a la mitad.

Y esto a pesar de que debido a su naturaleza a menudo compleja, las solicitudes basadas en la orientación sexual y/o identidad de género son generalmente inadecuadas para el procesamiento acelerado o la aplicación de conceptos de "país de origen seguro" (ACNUR. 2010: párrafos 11-12). Amnistía Internacional¹³⁶, por su parte, en 2015 mostraba preocupación porque el Ministerio de Interior inadmita solicitudes de protección internacional en puesto fronterizo, de mujeres que huyen de sus países alegando persecución por género y orientación sexual, aplicando un procedimiento acelerado que impide un análisis riguroso del riesgo, y desoyendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien se ha pronunciado sobre el riesgo de que la denegación por un procedimiento acelerado, pueda vulnerar el principio de *non refoulement*. En abril de 2015, Amnistía Internacional se dirigió al Ministerio del Interior por la denegación de la protección internacional de dos mujeres nacionales de Camerún, que alegaban persecución por orientación sexual. En uno de los casos el

¹³⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL. ESPAÑA. Informe al Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas. 61ºPeriodo de sesiones, 6-24 julio de 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una resolución de medidas cautelares que paralizó la devolución. En el segundo, finalmente la entrada fue permitida por razones humanitarias. Amnistía Internacional recomienda al Estado español adoptar las instrucciones necesarias para que, independientemente de donde se produce la solicitud de asilo, todas aquellas personas demandantes de asilo que aleguen persecución por motivos de género u orientación sexual, especialmente de países que cuentan con legislación que criminaliza la orientación sexual o la identidad de género tengan garantizado el acceso a un procedimiento de asilo que contemple todas las garantías y que permita un examen detallado y minucioso de la solicitud.

5.5.6. Criterio de discreción

Las personas que solicitan protección internacional por motivo de identidad de género u orientación sexual tienen derecho a vivir en la sociedad acordes a su identidad¹³⁷. La orientación sexual y/o identidad de género son aspectos fundamentales de la identidad humana y ninguna persona debe ser obligada a renunciarlas o esconderlas. Si bien la orientación sexual y/o identidad de género pueden ser reveladas por la conducta sexual o un acto sexual, o por la apariencia externa o la forma de vestir, también pueden ser evidenciadas por una serie de otros factores, incluyendo cómo la persona que solicita vive en la sociedad, o cómo él o ella expresa (o desea expresar) su identidad¹³⁸.

No debería denegar la protección internacional por aplicación del requisito de la discreción, al considerar que podrían haber evitado la persecución que han sufrido o esta no se hubiera producido si no hubieran explicitado su orientación o identidad de género, es decir, si hubieran vivido su sexualidad o su género como expresiones internas no explicitadas. A muchas

¹³⁷ Establece ACNUR (2012) que en muchas sociedades se sigue considerando la homosexualidad, la bisexualidad, y/o a las personas transgénero como personas que, en diferente medida, reflejan una enfermedad, un trastorno mental o defectos morales, y por lo tanto pueden implementar varias medidas para tratar de cambiar o alterar la orientación sexual de una persona y/o su identidad de género. Los esfuerzos para cambiar la orientación sexual o identidad de género de una persona por la fuerza o la coerción pueden constituir tortura o trato inhumano o degradante, así como involucrar otras violaciones graves de derechos humanos, incluidos los derechos a la libertad y a la seguridad de las personas. Ejemplos como la institucionalización forzada, la cirugía forzada de reasignación de sexo, la terapia de electroshock forzosa y la inyección de drogas o terapia hormonal forzada.

¹³⁸ Principios de Yogyakarta, Principio 3, afirma que la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Véase, además, *Sentencia 395/2002*, párr. 81; Caso de *Toboso-Alfonso*, Junta de Apelaciones de Inmigración de los EE.UU. 12 de marzo de 1990. *Nasser Mustapha Karouni contra Alberto Gonzales, Fiscal General*, EE.UU. de 7 de marzo de 2005. *Lawrence, et al. contra Texas*, EE.UU. Corte Suprema, 26 de junio de 2003, que estableció que "Cuando la sexualidad se expresa abiertamente en una conducta íntima con otra persona, la conducta es solo un elemento de un vínculo personal que es más duradera", p. 6.

personas LGBTTIQ les deniegan su solicitud de asilo bajo el argumento de que la persona podría evitar la persecución y seguir viviendo en su país sin hacer pública su condición sexual, llevando una vida con discreción, manteniendo oculta su preferencia sexual o su identidad de género. La ocultación, es una práctica contraria a la Convención de Ginebra, a la normativa europea y a las directrices de ACNUR, por suponer una vulneración del derecho a vivir con libertad. El requisito de discreción no es un elemento controlable por el individuo afectado, existiendo siempre el riesgo de que la identidad u orientación sexual sea divulgada públicamente en contra de su voluntad, por lo que implica un temor permanente a ser perseguido o perseguida.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013 se ha rechazado el criterio de discreción por entender 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, por resultar este argumento contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados renunciar a ella.

Considerar que una persona podría haber evitado la persecución sufrida si hubiera ocultado o hubiese sido una persona “discreta” se asienta en que su orientación sexual o identidad de género no son características intrínsecas de la personalidad, como pueden ser la religión o las opiniones políticas, vulnera la libertad de expresión y de asociación, así como el derecho a la propia identidad y los principios de la dignidad humana. La obligación de ocultar su orientación sexual y/o identidad de género también puede dar lugar a importantes daños psicológicos y de otra índole. Las actitudes, las normas y los valores discriminatorios y de desaprobación pueden tener un efecto grave en la salud mental y física de las personas. Como se afirma en numerosas decisiones, en múltiples jurisdicciones, a una persona no se le puede negar la condición del refugio en base a un requisito que cambie u oculte su identidad, opiniones o características con el fin de evitar la persecución, por que tienen derecho a la libertad de expresión y de asociación¹³⁹.

ACNUR ha señalado que “ser obligado a ocultar la orientación sexual o la identidad de género, donde es instigada o condenada por el Estado, puede suponer persecución¹⁴⁰.”

¹³⁹ Como ha señalado el Tribunal Supremo del Reino Unido en *HJ y HT* "La razón de ser de la Convención es... que las personas deberían poder vivir en libertad, sin temor a que puedan sufrir daño de la intensidad o la duración necesaria porque es, por ejemplo, afrodescendiente, o descendiente de algún ex dictador, o gay. En ausencia de cualquier indicación en sentido contrario, la implicación es que deben tener la libertad de vivir abiertamente de esta manera, sin temor a la persecución. Por lo que les permite vivir de manera abierta y libre de ese miedo, el estado receptor les ofrece protección, que es un sustituto de la protección que su estado de origen debería haberles otorgado" (párr. 53).

¹⁴⁰ ILGA- EUROPE: ACNUR. *Nota Guía sobre las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Página 2.

5.5.7. Transcurso del mes desde la entrada

Del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 12/2009, denominado de la “presentación de la solicitud” se desprende que la comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.

Una persona que solicita asilo puede que no revele su orientación sexual o identidad de género hasta el momento en el que se encuentre preparada para hacerlo o hasta las últimas fases del proceso de solicitud, debido a su naturaleza sensible o tabú o por la incertidumbre sobre las reacciones de las autoridades y el personal (intérpretes incluidos). También puede deberse a una falta de información sobre la orientación sexual en el proceso de solicitud o al hecho de que el solicitante todavía no haya “salido del armario”. Sin embargo, si se plantea la orientación sexual en una fase posterior del proceso, las autoridades pueden percibir que la solicitud de protección internacional es poco fiable. Los lugares establecidos para la solicitud de la protección internacional en la Ley 12/2009 son los lugares que reglamentariamente se establezcan, y que en 2017 se permite en cualquiera de las siguientes dependencias: la Oficina de Asilo y Refugio, los Puestos fronterizos de entrada al territorio español, las Oficinas de Extranjeros, las Comisarías de Policías autorizadas y los Centros de Internamiento de Extranjeros. Como podemos observar, excepto la Oficina de Asilo y Refugio que solo se encuentra en Madrid, el resto son lugares hostiles y vinculados a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, que no generan la confianza y la protección a la persona que solicita protección internacional que en un primer momento necesita para empoderarse y realizar la solicitud.

La tardanza en llevar a cabo la petición de asilo puede deberse a que las personas que sufren persecución por motivo de género u orientación sexual pueden desconocer que estos son motivos que garantizan la protección internacional, estar mal asesoradas o puede también deberse a que las personas que están bajo los efectos de un trauma tras haber experimentado violencia necesiten tratamiento médico y/o psicológico antes de ser capaces de desvelar su experiencia persecutoria. Puede ocurrir que la primera vez que se entreviste a una persona no diga nada sobre su experiencia y que, sólo en un estadio posterior, sea capaz de hablar de dicha experiencia. Las

personas que solicitan protección internacional en muchas ocasiones han sido perseguidas por las autoridades del Estado de origen o la persecución se ha producido en el ámbito interno o por personas pertenecientes a su entorno, pero cuando han acudido a las autoridades públicas o en principio competentes, estas no les han ayudado. En cambio aquí, en cuanto llegan, les exigimos que en menos de un mes confíen en las autoridades sin que haya existido ningún tipo de paso intermedio adecuado. A no ser que la persona se encuentre o llegue a Madrid, los lugares previstos para la solicitud de protección internacional pueden considerarse inadecuados. También en muchas ocasiones es necesario contar con la falta de información o el desconocimiento de la persona, pues en muchas ocasiones no han sido informadas ni tienen acceso a la información que les permite solicitar el derecho en el plazo de un mes. Algunas personas pueden estar profundamente afectadas por sentimientos de vergüenza, homofobia o transfobia internalizada y trauma, y como consecuencia su capacidad de presentar su caso puede ser disminuida en gran medida. Si la parte que solicita está en proceso de aceptar su identidad o teme expresar abiertamente su orientación sexual e identidad de género, puede ser reacia a exponer la dimensión real de la persecución sufrida o temida.

Pongo como ejemplo el caso de Gilberto¹⁴¹, tardó bastante tiempo en solicitar protección internacional por no tener superados al llegar a territorio nacional los traumas que traía de Cuba, por ser gay en una sociedad machista, estos traumas y su situación personal, pues él había sido perseguido por las autoridades del Estado, no le permitían reunir la fuerza para acudir a los centros establecidos para la solicitud, así como el desconocimiento de las condiciones generales del derecho, Gilberto llegó a España con pocos recursos y pocas condiciones básicas de red, primero tenía que saber dónde iba a dormir y qué comer, antes de informarse sobre los derechos que le amparaban. Ésta solicitud fue denegada por no cumplir el plazo de un mes.

ACNUR (2010: párrafos 11-12) establece que en general, no se deben hacer juicios negativos de alguien que no ha declarado su orientación sexual o identidad de género en la fase de selección o en las primeras etapas de la entrevista, por la especial situación de estas personas frente a las autoridades. Jurisprudencialmente tal dilación implica una pérdida de vigencia de la persecución. Esta se considera una presunción *iuris tantum* que puede ser contrarrestada por el solicitante, siendo carga que sobre él pesa la de explicar las razones por las que ha demorado la petición de asilo desde que llegó a España, estableciendo que dejar transcurrir un largo tiempo sin

¹⁴¹ Gilberto Tellez. Persona de origen cubano y residente en Madrid a la que he entrevistado mientras realizaba esta tesis para la realización de una serie de artículos y por interés personal tras haberle conocido en unas jornadas realizadas por CEAR-Euskadi en HEGOA, que es el Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional de la Universidad del País Vasco.

solicitar lleva a la conclusión que es dudoso que exista una necesidad real de protección, no considerando el caso de inverosimilitud sino de que la tardanza permite suponer que los hechos relatados han perdido vigencia. La contemplación casuística de sus circunstancias personales se revela ineludible en casos como este, y así lo ha resaltado la jurisprudencia. A título de muestra, encontramos la sentencia de 14 de julio de 2011 (RC nº 2455/2010; FJ 7º) o la sentencia de 16 de junio de 2011 (RC nº 125/2010) donde vemos una sistematización de la doctrina.

Por tanto, consideramos necesario aumentar los tiempos de consideración de los márgenes de solicitud a 3 meses, como adecuados para no perpetuar un sistema persecutorio y tendente a la denegación.

5.5.8. Desvelar la orientación sexual o la identidad de género una vez iniciado el procedimiento

En ocasiones la persona que solicitan protección internacional puede no revelar su orientación sexual hasta las últimas fases del proceso de solicitud, esto puede deberse a la naturaleza sensible del tema a tratar, homofobia interna o tabú social, o por la incertidumbre sobre las reacciones de las autoridades y el personal implicado. También puede deberse a una falta de información sobre la posibilidad de solicitar protección internacional por motivo de orientación sexual o identidad de género en el proceso de solicitud o al hecho de que la persona que solicita todavía no haya explicitado su orientación sexual o identidad de género, puede deberse a un mal asesoramiento o a una falta de información. Sin embargo, si se plantea la identidad de género o la orientación sexual en una fase posterior del proceso, las autoridades pueden percibir que la persona que solicita asilo es poco fiable.

“La cuestión no es en qué medida se adaptan las mujeres a esta norma, sino la propia existencia de tal norma y que no son las mujeres las que la han creado. La dinámica de poder que subyace en estos hechos sale a la luz cuando las mujeres se libran del pánico que sienten ante el pensamiento y de las barreras que encuentran cuando tratan de hacerlo” (Mackinnon, 1995: 168).

Estas cuestiones son indicativas de la falta de conocimientos y recursos para abordar la orientación sexual y la identidad de género, así como el género y sus aspectos. Ya hemos comentado antes que muchas veces las preguntas en las entrevistas a solicitantes casi siempre se

hacen desde la óptica estereotipada heterosexual, lo que predispone a negativizar la propia. Así, es frecuente que una persona solicitante de asilo revele su orientación sexual o identidad de género a las autoridades de asilo no al principio, sino más adelante en el procedimiento de solicitud o incluso en una petición de asilo posterior a la primera. En algunos casos, incluso, la persona que solicita protección internacional habría descubierto o identificado su orientación sexual y/o identidad de género y su relevancia como motivo de asilo, solo una vez en el país de acogida. La reacción por parte de las autoridades del sistema de asilo podría ser de incredulidad y de cautela, particularmente en aquellos países donde las autoridades han admitido que personas LGBTTIQ tienen la posibilidad de solicitar el estatuto de refugio. Como podemos observar las experiencias de las personas LGBTTIQ son muy variadas y están fuertemente influenciadas por su entorno cultural, económico, familiar, político, religioso y social.

5.6. Consecuencias de la denegación

El Capítulo V de la Ley 12/2009 se dedica a los efectos de la resolución, el artículo 36 establece que “la concesión del Derecho de asilo o de protección subsidiaria”, “implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso: la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por el Estado español; el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección; la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integridad social; la expedición de documento de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiada, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria; el acceso a los servicios públicos de empleo; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que la ciudadanía; el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los

procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificación oficiales expedidas en el extranjero; la libertad de circulación; el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan; el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse; el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la presente Ley y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

Con el fin de facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, se establecerán los programas necesarios, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales. Las personas con estatuto de protección internacional podrán seguir beneficiándose de todos o algunos de los programas o prestaciones que hubieran disfrutado con anterioridad a la concesión del estatuto, si así se encuentra previsto. En casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia. Esto en caso de concesión.

Los “Efectos de las resoluciones denegatorias” establecidos en el artículo 37 determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, estemos en alguno de los siguientes supuestos: que la persona interesada reuna y pueda acreditar los requisitos para permanecer en el Estado español en situación de estancia o residencia; que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.

5.6.1. Incoación del procedimiento sancionador

La dignidad de la persona, en sí misma, no es inviolable; lo son los derechos inherentes a la persona o a su dignidad. El Tribunal Constitucional establece que hay unos derechos más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona que otros, y atendiendo a esta gradación encontramos tres tipos de derechos, los que pertenecen por igual a las personas nacionales y a las

extranjeras; los que se diferencian atendiendo a que nos encontramos ante una persona nacional o ante una persona extranjera que tiene un régimen diferente de ejercicio pero sin privarle por completo de la protección; y los que solo pertenecen a las personas nacionales, esta gradación es descendente, por ser los que pertenecen por igual a personas nacionales y extranjeras los que están inmediatamente conectados con la dignidad (STC 107/1984 FJ. 3º). Así, la dignidad quizás no nos sirve para identificar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales, pero sí para determinar el alcance de la protección constitucional de los extranjeros.

En caso de denegación se aplica el procedimiento sancionador y se pueden dar los siguientes casos: el retorno, que se produce cuando por falta de requisitos establecidos para la entrada se establece el regreso de la persona al país de procedencia; la devolución, que es la medida que se puede adoptar cuando una persona aún no ha entrado en territorio nacional; la expulsión, es una sanción que se impone a la persona que se encuentra en territorio pero se considera que no está de forma regulada y que implica la repatriación; la salida obligatoria del territorio, medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a una persona una solicitud de asilo, de prórroga de estancia, de autorización de residencia o de su renovación, implica que se le concede un plazo máximo de quince días para que voluntariamente abandone el Estado español; o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, que hemos visto anteriormente cuando se considera que es otro Estado miembro de la Unión Europea o de los considerados "seguros". Todo esto se tiene que realizar respetando los principios de la dignidad humana. Pero esto es difícil, porque nos encontramos con situaciones en las que en lugar de aspirar a construir políticas de inmigración, caen en la tentación de "hacer política" con la inmigración, "hacer política" en el sentido de convertir la persona que migra en instrumento de la lucha política en su dimensión electoralista, partidista (De Lucas, 2002).

En 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró la expulsión de 30 saharauis que se encontraban en el CIE de Fuerteventura tras la denegación de su solicitud de protección internacional por parte del Ministerio del Interior. Las personas saharauis alegaban un temor de persecución por parte de las autoridades marroquíes tras su participación en los hechos ocurridos en el Campamento de Gdeim Izik en el año 2010. En el fallo, el TEDH reconoce la violación del artículo 13 de la CEDH debido a la inexistencia en la legislación del Estado español de un mecanismo con efecto suspensivo automático que paralice la devolución de las personas que solicitan asilo hasta que la decisión sobre su caso sea definitiva. Atendiendo a lo establecido por el TEDH, el Estado español debe garantizar la permanencia de los solicitantes de protección internacional en territorio español durante la tramitación del recurso. El TEDH muestra su

preocupación sobre los mecanismos efectivos de salvaguarda para proteger a los solicitantes de asilo contra devoluciones arbitrarias a su país de origen mientras los tribunales resuelven el fondo del asunto. Además, continúa el Tribunal, estos mecanismos constituyen una garantía jurídica consecuente del Estado de Derecho y de los principios fundamentales de una sociedad democrática inherentes al conjunto de los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se conoció en 2015 el caso de *Christelle Nangnou*, una lesbiana de Camerún, donde ser lesbiana es causa de repudio social y castigado con la cárcel, con penas de hasta 5 años. Solicitó protección internacional porque la policía de su país acudió a la casa de su familia buscándola por ser lesbiana. Asunto que se extendió por toda su comunidad de un día para otro, recibiendo cartas amenazándola, incluso con la muerte. En el Estado español la retuvieron en el aeropuerto de Barajas e intentaron expulsarla. La Oficina de Asilo y Refugio había denegado la solicitud esgrimiendo que su versión era “poco creíble” y que no les quedaba claro si realmente era perseguida en su país o no. La defensa de Nangnou interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional y solicitó junto a él, como medida cautelar, que no fuera expulsada hasta que se resolviera el recurso. Pero la Audiencia Nacional también denegó esa solicitud. Acudió entonces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH ordenaba la paralización temporal de la expulsión, y concedía 10 días de plazo para aportar documentación.

Mientras no se respete la dignidad inherente a las personas, se eliminen los Centros de Internamiento de extranjeros, ni se establezcan “límites” al poder para retornar, devolver, expulsar, obligar a la salida o trasladar a otro territorio a las personas no nacionales, el actual procedimiento sancionador violará los derechos humanos de forma sistemática. Pues el criterio en las relaciones entre la Administración y las personas administradas, en el caso de las personas extranjeras, vuelve a ser el propio de los súbditos, no el de los ciudadanos que gozan de la presunción favorable a su libertad (De Lucas. 2002).

5.6.2. Vulneración del principio de no devolución

Se puede leer en el artículo 44.4 de la Ley 12/2009 que “no obstante lo dispuesto en los anteriores apartados, ninguna revocación ni eventual expulsión posterior podrá determinar el envío de los interesados a un país en el que exista peligro para su vida o su libertad o en el que estén expuestos a tortura o a tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, en el que carezca de

protección efectiva contra la devolución al país perseguidor o de riesgo.” La norma básica de prohibición de expulsión y devolución (“*refoulement*”) la encontramos regulada en el artículo 33 de la CG51, donde se establece que “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.” El principio de no devolución también se encuentra codificado en los instrumentos jurídicos sobre asilo de ámbito regional, especialmente en el artículo 19.2 de la Carta de la UE, y constituye una norma de Derecho internacional consuetudinario.

El principio de no devolución así establecido, prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de una persona extranjera a un lugar donde su vida, libertad, o integridad física y moral corran grave peligro de ser lesionadas. Cabe afirmar con base en la práctica internacional que este principio constituye una norma general del Derecho Internacional de *ius cogens*. El Estado que recibe a la persona devuelta debe garantizar que no va a su vez a entregarla a otro Estado donde sí corra peligro. El cumplimiento del principio de no devolución implica simultáneamente el cumplimiento de las normas internacionales que imponen a todo Estado obligaciones de prevenir las violaciones de los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y constituye un último sistema de salvaguarda de los derechos humanos más elementales desde la perspectiva de la dignidad de la persona.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado (caso *Soering c. Reino Unido*, nº14038/88 de 7 de julio de 1989¹⁴²) donde la imposibilidad de obtener, por parte del Reino Unido, el compromiso de que no sería condenado a la pena capital en caso de ser extraditado a Estados Unidos y declarado culpable, o al menos el compromiso de que la eventual pena capital no sería ejecutada, el demandante solicitó a las autoridades británicas que denegasen la petición estadounidense de extradición. La solicitud del demandante fue denegada, y éste acudió a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos el 8 de julio de 1988, alegando que, ante la ausencia de garantías sobre la no ejecución de la pena capital, y toda vez que su extradición a Estados Unidos conllevaría muy probablemente dicha condena, la consiguiente estancia en el “corredor de la

¹⁴² Resumen elaborado para ACNUR por los profesores Luis Peral y Carmen Pérez de la Universidad Carlos III de Madrid. Resumen realizado con fines informativos.

muerte” equivalía a sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes. Su extradición a Estados Unidos violaría, por tanto, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros. Así, establece el Tribunal que en caso de que una decisión de extradición pueda afectar el ejercicio de un derecho protegido por el Convenio, podría resultar exigible al Estado parte ciertas obligaciones tendentes a prevenir la vulneración de la disposición en cuestión. Establecía el tribunal “la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado solicitante” (párr. 91). El ACNUR, con base en estos y otros instrumentos para la protección de los derechos humanos (como el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 de la Carta de Banjul, y el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ha reiterado que la expulsión o el regreso de una persona a un país donde hay motivos sustanciales para creer que enfrentará un riesgo real de tortura, tratos o castigos inhumanos o degradantes están dentro del alcance de la prohibición de tales actos. Esto se aplica igualmente a la expulsión o el regreso de una persona a un país del cual podría sucesivamente ser expulsada o devuelta a un tercer país donde enfrentaría un riesgo real de tal trato.

En el pacto entre la Unión Europea y Turquía una de las claves que encontramos es el principio de no devolución. Mediante este pacto se expulsará a Turquía a las personas migradas que lleguen de forma irregular a las islas griegas del Mar Egeo a partir del 20 de marzo de 2016, por considerar que Turquía es un país “seguro” para las personas refugiadas, a pesar de que varios informes no lo consideran así y por tanto la Unión Europea de estar enviando a las personas a países considerados “no seguros” estaría violando el principio de no devolución. De este pacto se excluye cualquier tipo de “expulsión colectiva”.

Según los documentos de información publicados por la Comisión Europea, el objetivo del acuerdo de 18 de marzo de 2016, es desincentivar los flujos migratorios irregulares desde Turquía, desmontar el modelo de negocio de las mafias y establecer unas vías legales y seguras hacia Europa para aquellas personas necesitadas de protección internacional. El acuerdo establece que, a partir de su entrada en vigor cualquier migrante que llegue de manera irregular a Grecia después del 20 de marzo que no haya solicitado el asilo o cuya solicitud haya sido declarada inadmisibles, será devuelto a Turquía. Las personas sirias llegadas a Grecia después del 20 de marzo también serán devueltas a Turquía. Por cada uno de esos sirios devueltos a Turquía, la UE se compromete a reasentar en su territorio a un refugiado sirio que se encuentre en Turquía. No se menciona a

personas refugiadas de otras nacionalidades. Según las Comunicaciones publicadas por la Comisión Europea, los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un procedimiento acelerado, en virtud del cual no procede examinar el fondo de la solicitud. Este procedimiento permite declarar inadmisibles una solicitud de asilo cuando se considera que un tercer país (en este caso Turquía) efectuaría dicho examen o brindaría una protección suficiente, según el principio del “primer país de asilo” o de “tercer país seguro” recogido en los artículos 35 y 38 de la Directiva “procedimientos”. Dado que el proceso de determinación del estatuto de refugiado se basa en circunstancias individuales, ningún país de origen debería calificarse como “seguro” en términos generales. De aplicarse este concepto, se trasladaría la responsabilidad a terceros países que, a menudo, no tienen en cuenta todos los aspectos necesarios en las solicitudes de asilo y por lo tanto pueden incurrir en la discriminación de algunos grupos de personas refugiadas, o, incluso, en la expulsión posterior de las personas a su país de origen, violando el principio de no devolución (non-refoulement) consagrado en la Convención de Ginebra, que indica que no pueden ser devueltas a países donde sus vidas corren peligro. Los Estados miembros deben tener la certeza de que Turquía respetará un conjunto de normas relativas a los derechos fundamentales, la no discriminación y el respeto al Derecho Internacional. Sin embargo, no existen garantías suficientes para asegurar el cumplimiento de estas exigencias, tanto por parte de Turquía como por parte de Grecia, tanto en el análisis, como en la tramitación de las solicitudes de protección internacional. En este análisis se debe efectuar un estudio para cada caso concreto para determinar si el país de devolución debe ser considerado o no país seguro en cada circunstancia particular. La aplicación de procedimientos acelerados implica la reducción de los plazos para analizar debidamente las circunstancias individuales e identificar situaciones de especial vulnerabilidad (CEAR, 2016: 4-5).

El Derecho de asilo en Turquía no está plenamente establecido, existe una disfuncionalidad en el sistema de asilo y desigualdades en el acceso y contenido de la protección. Además, Turquía mantiene una limitación geográfica a la aplicación de la Convención de Ginebra, excluyendo a las personas no europeas de la condición de refugiadas y no ha ratificado el Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la prohibición de expulsiones colectivas. Por todo lo expuesto anteriormente, podría incurrirse en una violación del artículo 3 del CEDH así como del principio de no devolución, consagrado en tratados internacionales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que su artículo 3 contempla la prohibición de expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando corra peligro de ser sometida a tortura. Y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que establece en el artículo 33 la prohibición de expulsar, devolver o poner en modo alguno

a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran (CEAR. 2016: 5-6).

Toda persona que haya llegado a las islas griegas del Mar Egeo a partir del 20 de marzo será devuelta a Turquía “si no tiene derecho a protección internacional”. Se supone que las personas han podido solicitar protección internacional, que esta petición ha sido analizada por el procedimiento de urgencia que permite reducir los plazos a entre tres y quince días. Si esta solicitud de protección internacional es rechazada, o considerada inadmitida, la persona será deportada a Turquía. Aunque no se conozca una lista común de la Unión Europea, hay unos países que se consideran seguros, como ahora Turquía, según este sistema de “tercer país seguro”, las personas que han transitado por el mismo deberían haber pedido protección internacional en él.

Amnistía Internacional ha establecido que Turquía realiza devoluciones forzadas a gran escala, algo que viola la legislación internacional y así mismo, no tiene escolarizada a toda la población refugiada que tiene que estarlo. Pero la Unión Europea desoye estos relatos y ha solicitado a Turquía que realice algunos cambios para poder considerarlo “tercer país seguro”, y así no violar el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

Las otras partes del pacto son los 6.000 millones de euros que la Unión Europea dará a Turquía hasta el 2018 para ayudar a este país a que atienda a las personas refugiadas sirias que acogen en su territorio, para que tengan derecho a sanidad, educación y desde hace poco tiempo a permiso de trabajo, la UE realojará en su territorio a una persona refugiada siria por cada persona migrada devuelta a Turquía hasta llegar a 72.000 personas (que es la suma de las 18.000 que aún quedan por ser reasentadas tras el compromiso de julio de 2015, que incluía a 22.000 personas refugiadas y 54.000 personas, procedentes de la cuota húngara que no quiso participar en el sistema de reparto de las 160.000 personas que los 28 Estados miembros debían reubicar según un acuerdo firmado en septiembre. Los países comunitarios apenas han reubicado a 1.000 demandantes de asilo) y por otro lado, en junio de 2017 la Unión Europea eximirá de visado a las personas turcas, una vieja aspiración de aquel país, así como abrir un nuevo capítulo de las negociaciones de adhesión de Turquía a la Unión Europea, veremos.

No condolerse con algunas imágenes, no retraerse ante ellas, no afanarse en abolir lo que causa semejantes estragos, carnicería demoledora: para Virginia Woolf ésas serían las reacciones de un monstruo moral. Y afirma: no somos monstruos, somos integrantes de la clase instruida. Nuestro fallo es de imaginación, de empatía: no hemos sido capaces de tener presente esa realidad (Virginia Woolf, *Una habitación propia*. 1929).

6. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y NUEVAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.

El derecho de asilo se debe entender como un problema de Derecho, donde los derechos de las personas han pasado a ser Derechos de ciudadanía. Y donde la prolongación de la vida de la pseudo-ciudadanía es debida a la caridad de los Estados y no al Derecho, porque no hay ley alguna que pueda obligar a las naciones a alimentarles, a garantizar su libertad de movimiento (si la tienen), a concederles el derecho de residencia y garantizar su libertad de opinión, pues estas como la libertad del loco, nada de lo que piense puede importar a nadie (Hannah Arendt. *Los Orígenes del Totalitarismo*. 1951).

Con esta imprescindible y rotunda frase de Hannah Arendt, la cual se utiliza para abrir este Capítulo de Conclusiones, recomendaciones y nuevas líneas de investigación. Las conclusiones se estructuran en siete bloques, con una frase inicial que nos sirven de guía y aclaración de lo que cada uno contiene y concluye. Posteriormente, se disponen unas recomendaciones y nuevas líneas de investigación que cerrarán esta tesis, dando paso a la Bibliografía y los Anexos.

6.1. Conclusiones

1. **El transfeminismo es un feminismo que amplía el ámbito de posibilidades teóricas y prácticas, pero no niega nociones anteriores, podemos considerar que las construye desde otros puntos de partida por la mera evolución de las teorías y las nuevas necesidades que se plantean.** Se deconstruyen nociones, ámbitos y principios obsoletos, a la vez que se acuñan nuevas inquietudes, valores y principios que parten de no esencializar las nociones de hombre y mujer y de reivindicar el auto-nombramiento y la despatologización. Aunque como dice Ziga (2013), por el mero hecho de que yo no me nombre como mujer no significa aún que no sea leída como tal y por tanto que pueda ser violada en este sistema de dominación y poder que parte de una heteronormatividad.

Los sistemas binarios perpetúan y mantienen el *statu quo* del poder establecido. Una estructura no-binaria nos permite multiplicar los sujetos en lugar de tener que renunciarles. “Los sujetos políticos son creaciones colectivas cambiantes, lugares que emergen para otorgar vida social a las experiencias que vivimos. Construimos en cada momento las categorías que necesitamos y esas categorías representan, de manera incompleta y parcial, nuestra experiencia. Esta reflexión nos permite salir de la inacción que representa quedarnos sin sujetos políticos por miedo a reproducir el binarismo. “Necesitamos sujetos, mejor si son múltiples, para ser capaces de «crear» vidas habitables; pero hacer uso de ellos no implica generarnos una deuda que pagar a costa de una defensa acrítica de su trascendencia histórico-cultural y de la inmanencia de su contenido. El significado nos lo disputamos constantemente, es del terreno de la negociación y la lucha. Es necesario defender la diversidad en la que nos reconocemos. Aquellas con las que podemos trazar luchas comunes en nuestros contextos concretos y realidades. Las que no, corren el peligro de convertirse en una apostilla escrita al final del manifiesto” (Fernández y Araneta, 2013:57)

Necesitamos no partir de la victimización y romper las jerarquías dentro de los feminismos, las obras del feminismo de occidente sobre las mujeres deben ser consideradas en el contexto de la hegemonía global. Estas obras tienen efectos e implicaciones políticas más allá de su público feminista o de la disciplina en la que se produzca. Uno de estos efectos significativos es el de las “representaciones” dominantes del feminismo occidental en su confabulación con el imperialismo en los ojos de mujeres particulares no occidentales. De aquí la urgente necesidad de examinar las implicaciones *políticas* de nuestras estrategias y principios *analíticos* (Mohanty, 2008).

Tenemos que salir de los discursos heterocentros y de la jerarquía heterosexual dominante. La idea de que la variedad erótica es peligrosa, insana, depravada y una amenaza a casi todo, desde las niñas y los niños hasta la seguridad nacional, está obsoleta, hay que replantearse los límites.

2. El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ha sido parcial y androcéntrico, toda su estructura se ha construido sobre el silencio de las mujeres, privilegiando un punto de vista masculino tanto en las instituciones como en los discursos y los resultados. Este sesgo androcéntrico está presente tanto en la estructura organizativa (institucional) como normativa (conceptual) y en las reglas de procedimiento contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres, de tal forma que convierten dichos instrumentos y los mecanismos de protección en ellos previstos en altamente ineficaces.

Necesitamos que determinados tribunales e instancias jurídicas internacionales sean garantes de determinados textos y que los textos sean vinculantes. Pues las personas, en principio, solo tienen el derecho a buscar y solicitar asilo, el asilo es el permiso que el estado graciamente concede para que entren en su territorio con la posibilidad de residencia en una situación jurídicamente protegida. Se distinguen del estatuto del refugio, el cual se adquiere si se prueba la concurrencia de los requisitos establecidos y el Estado-nación de turno lo concede. La persona es refugiada por el mero hecho de cumplir los requisitos y encontrarse en los supuestos de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, pero hasta que un estado no le conceda la institución del refugio, esta persona solo será, a efectos prácticos, una persona refugiada solicitando asilo, solo pudiendo beneficiarse en esta situación del principio de no devolución, mediante el cual se garantiza que la persona no podrá ser enviada o devuelta a un territorio donde su vida o su integridad física se encuentren en peligro o amenazadas. Es necesario establecer un límite a la discrecionalidad de los estados en lo relativo a la elección sobre la composición de su ciudadanía en su territorio y la entrada en el mismo, así como respecto a la división en derechos que dentro de la misma se realiza. Pero para que esto se pueda cumplir y las personas sean tratadas con dignidad, primero hay que insistir en que el estatuto de persona refugiada no quede condicionado a la voluntad de los Estados, sino a que en la persona que solicita concurren las circunstancias para su reconocimiento.

La interpretación de los textos para que se produzca la incorporación de las solicitudes por motivo de género, aunque esta se produzca mediante la interpretación, tiene que producirse desde el feminismo y si encontramos el motivo de género y orientación sexual incluido en el texto legal, esta

incorporación tiene que conllevar una interpretación feminista de los mismos para que estos sean reales y coherentes.

La Convención de Ginebra de 1951 debería ser modificada para introducir el motivo de género y orientación sexual, así como ser interpretada de una manera coherente y adecuada a la magnitud de la incorporación. En caso contrario, “basar las demandas en motivos políticos puede entenderse como el razonamiento más adecuado para los procesos de determinación del estatuto bajo el régimen actual. Principalmente, porque consolida el carácter político del marco conceptual del género, y es suficiente para reconocer la protección en aquellas demandas en las que la persecución es un acto de violencia de género y no concurre ningún otro motivo” (Merino, 2012a: 207). Pues, al no ser el sexo, ni el género algo innato e invariable, sino ser algo que se modifica y se encuentra en continuo tránsito, por no considerarse como válido el binarismo imperante en el heteropatriarcado, no podemos considerar estas demandas incluidas dentro del determinado grupo social.

Tanto a la hora de tratar la dicotomía público-privado, como en el concepto de “lo político”, el Estado es concebido como lo público y la familia, la vida íntima y doméstica como lo privado. Esta distinción es ideológica en el sentido de que presenta a la sociedad desde un punto de vista masculino y permite ignorar la naturaleza política de la familia, la relevancia de la justicia en la vida personal y, en consecuencia, gran parte de las desigualdades de género. Esto ha permitido que la violencia infligida contra las mujeres, hayan sido ignorada o subestimada, se haya establecido como el centro de las persecuciones, cuando en la realidad encontramos muchas otras y que se hayan despolitizado las formas y motivos de persecución. Esta dicotomía público/privado es inherente a la Convención de Ginebra y desafiarla tiene grandes implicaciones para el reconocimiento de las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo. Pese a que la definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra teóricamente no excluye la experiencia de las mujeres, en la práctica, la dicotomía público/privado es utilizada de tal manera que lo que las mujeres hacen o lo que se les hace es irrelevante para el Derecho internacional de protección del refugio.

3. En plena construcción del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), sorprende la gran disparidad existente tanto en el tratamiento formal de la protección internacional como en los criterios utilizados para su determinación. En este contexto el Estado español ha procedido a incorporar un sexto motivo entre las causas convencionales por las cuales se puede alegar persecución. Así, a partir de 2009 el motivo de género incorporado en la Ley de 30 de octubre es un avance para la visibilización de una realidad que ya se veía desde hace muchos años,

pues no solo se analiza lo que cada normativa incluye, sino que se estudia también lo que cada una deja fuera, esta incorporación se hacía de forma independiente al grupo social determinado, en cuyo seno se albergan este tipo de demandas en la mayor parte del mundo.

A nivel europeo encontramos una regulación posterior a la Ley 12/2009, como es la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Esta normativa deberá ser incorporada por el Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009 que aún no ha encontrado aprobación y al que la Ley se remite en múltiples ocasiones.

A nivel europeo tanto la Unión Europea como sus Estados miembros buscan mantener el *statu quo*. Para ello, dejan que sean los Estados vecinos los que garanticen el derecho a la protección internacional de las personas refugiadas que huyen de los Estados en conflicto e incluso incumplen el Derecho Internacional permitiendo que personas refugiadas fallezcan en el mar, sin que FRONTEX ni los Estados miembros les presten la ayuda debida. Se cierran fronteras internacionales sin que personas refugiadas puedan llegar a destino seguro y se firma el acuerdo Unión Europea-Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016, mediante el cual Turquía se compromete a aceptar la rápida devolución de los migrantes en situación irregular y de los solicitantes de asilo llegados a Grecia cuyas solicitudes de asilo hayan sido declaradas inadmisibles. La UE se compromete a aportar fondos a Turquía, acelerar la ejecución de la hoja de ruta para la liberalización de los visados y reactivar las negociaciones de adhesión de Turquía a la UE. Grecia adoptó el 2 de abril de 2016 la Ley 4375/2016 que transpone la Directiva 2013/32/UE (“procedimientos”) y aporta modificaciones al marco jurídico griego. Dicha ley no reconoce explícitamente a Turquía como país seguro (ni como primer país de asilo ni como tercer país). El acuerdo establece que a partir de su entrada en vigor, cualquier migrante llegado de manera irregular a Grecia después del 20 de marzo que no haya solicitado el asilo o cuya solicitud haya sido declarada inadmisibles, será devuelto a Turquía. Las personas sirias llegadas a Grecia después del 20 de marzo también serán devueltas a Turquía. Por cada persona siria devuelta a Turquía, la UE se compromete a reasentar en su territorio a una persona refugiada siria que se encuentre en Turquía. No se menciona a personas refugiadas de otras nacionalidades. Según las Comunicaciones publicadas por la Comisión Europea, los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un

procedimiento acelerado, en virtud del cual no procede examinar el fondo de la solicitud. Este procedimiento permite declarar inadmisibles una solicitud de asilo cuando se considera que un tercer país (en este caso Turquía) efectuaría dicho examen o brindaría una protección suficiente, según el principio del “primer país de asilo” o de “tercer país seguro” recogido en los artículos 35 y 38 de la Directiva “procedimientos”.

Dado que el proceso de determinación del estatuto de refugiado se basa en circunstancias individuales, ningún país de origen debería calificarse como “seguro” en términos generales, y menos si partimos del punto de vista del género y la orientación sexual para establecerlo. De aplicarse este concepto, se trasladaría la responsabilidad a terceros países que, a menudo, no tienen en cuenta todos los aspectos necesarios en las solicitudes de asilo y pueden incurrir en la discriminación de algunos grupos de personas refugiadas. Los Estados miembros deben tener la certeza de que Turquía respetará un conjunto de normas relativas a los derechos fundamentales, la no discriminación y el respeto al Derecho internacional, pero no existen garantías suficientes para asegurar el cumplimiento de estas exigencias. En este análisis se debe efectuar un estudio para cada caso concreto que determinará si el país de devolución debe ser considerado o no país seguro en cada circunstancia particular. Turquía mantiene una limitación geográfica a la aplicación de la Convención de Ginebra, excluyendo a las personas no europeas de la condición de refugiadas y no ha ratificado el Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la prohibición de expulsiones colectivas. Por todo lo expuesto, consideramos que podría incurrirse en una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como del principio de no devolución. La política de asilo y refugio es una pieza obligada en toda estrategia internacional de paz y seguridad, en su gestión podemos extraer los verdaderos valores y el sistema de convivencia que estructura una determinada sociedad.

4. En el Estado español, nos encontramos con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Donde se han incluido el motivo de género y el de orientación sexual, la protección subsidiaria, protección por razones humanitarias, se ha suprimido el Derecho de protección a la ciudadanía de Estados miembros de la Unión Europea, la eliminación de la posibilidad de solicitar asilo en embajadas y representaciones diplomáticas, y acompañando al motivo de género y orientación sexual también se han establecido los agentes de persecución no estatales y una interpretación amplia de la unidad familiar. A esta Ley es de aplicación el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, pues

aún no tenemos un reglamento adecuado a la nueva situación marcada por la Ley. La evolución histórica es de tendencia limitativa, tanto en el establecimiento de garantías legales, como requisitos procedimentales para la concesión de solicitudes. Por tanto, podemos decir, sin entrar aún a valorar la aprobación del motivo de género y orientación sexual, que esta ley es de perfil bajo y su aprobación ha supuesto el establecimiento de supuestos menos garantistas y la reducción de supuestos para el establecimiento del Derecho de asilo. Sería necesario no aplicar el procedimiento acelerado cuando esta reducción de los plazos no pueda garantizar el derecho a un procedimiento eficaz. Y aprobar el reglamento de desarrollo para poder realizar un estudio completo del derecho.

5. El motivo de género y el de orientación sexual establecidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, no se equiparan al resto de motivos establecidos en la ley, estos motivos no se encuentran definidos y quedan supeditados a las circunstancias imperantes en el país de origen. Aunque en esta ley también encontramos la inclusión de los agentes de persecución no estatales que permite que muchas violencias producidas en el ámbito privado encuentren cobertura legal, la reciente inclusión de la trata con fines de explotación, una mayor visibilización de la mujer, un aumento de las garantías legales para las mujeres que solicitan protección internacional, pero esto no abarca las demás personas que no encajan en una estructura binaria y que una interpretación amplia del término género podría incorporar en su haber. Esta incorporación en términos generales también es de perfil bajo e impide la inclusión de otros supuestos que no entren dentro de la noción preestablecida que el legislador tenía considerada como válida.

La principal dificultad que encontramos en el motivo de género es la prueba de determinados supuestos, superar la inverosimilitud en el relato, falta de prueba suficiente y falta de credibilidad de la persona que solicita, además de las dificultades que se establecen de por sí a la hora de probar una persecución. Esto se debe, principalmente, a que no se ha cambiado la estructura y se han adaptado las exigencias a un nuevo motivo con unos requisitos y unas características propias, es decir, que los sistemas de prueba anteriores se han utilizado para estos supuestos diferentes.

Los datos estadísticos y la información que nos aportan sobre las personas refugiadas son limitados y sesgados. Así, las estadísticas solo están divididas en hombres y mujeres, nociones binarias que no muestran la realidad social y se encuentran estereotipos de género y una intencionalidad restrictiva a la hora de garantizar la aplicación del concepto de género. Se pueden enmarcar en las violencias y violaciones de derechos producidas, por motivo de género o basadas en el mismo, a otras muchas personas que no se identifican como hombres o mujeres.

La lucha contra la discriminación y contra la desigualdad de las personas por motivo de orientación sexual es uno de los objetivos que han protagonizado el último tercio del siglo XX y los inicios del siglo XXI. Recordemos que fue solo el 17 de mayo de 1990 cuando la Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de su listado de enfermedades mentales. Por lo que se refiere a la transexualidad, la Organización Mundial de la Salud la califica como un trastorno de identidad sexual, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adaptando el vestido y los modales del sexo opuesto. La cuestión de la transexualidad presenta diversas facetas, una de ellas es que si bien la disforia sexual es aceptada desde el punto de vista médico, no se conocen aun con certeza las causas que llevan a la misma, a lo que se añade que no existe una pauta común en todos los casos y que la identidad de género es mucho más amplia que los trastornos de identidad sexual establecidos médicamente. Por tanto es necesaria y nos posicionamos en la despatologización inmediata y en centrarse en la autoidentificación y no tanto en el establecimiento médico de las nociones estereotipadas, con las consecuencias que esto tiene para la prueba en el Derecho de asilo.

Esta discriminación comparte con los supuestos clásicos que supone una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a las personas y colectivos afectados en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social. Sólo en los últimos años asistimos a un reconocimiento de derechos asociados a esta parte de la persona y sus circunstancias, en aspectos que afectan a la vida familiar, como pueda ser la posibilidad de contraer matrimonio para parejas del mismo sexo o la posibilidad de adoptar hijos. Un aspecto que diferencia la lucha contra la discriminación es la frecuente invisibilidad. Esta invisibilidad se plantea de manera inicial por el ocultamiento de la orientación o identidad sexual, esto puede suponer en sí una merma de derechos si ese ocultamiento se efectúa para evitar un trato discriminatorio por parte de terceros. Por otra parte, la invisibilidad se traduce en la ausencia de denuncias ante la previa existencia de conductas discriminatorias o lesivas de los derechos de estas personas y es otra merma de derechos si esta invisibilidad se fomenta para evitar la concesión de la protección internacional.

La alegación de los motivos de género u orientación sexual deja al descubierto aspectos de la vida privada, aspectos que afectan directamente a la intimidad de las personas. La alegación de este tipo de discriminación desvela una característica de la personalidad que podría quererse mantener oculto y que, en su caso, incluso podría desembocar en ulteriores discriminaciones. Por este motivo, a la hora de buscar garantías y en el momento de proceder a la reparación de los

derechos vulnerados habrá de procurarse que esa reparación no provoque otra vulneración de derechos, aunque sea involuntariamente. Resulta imprescindible que se desarrollen de manera expresa las competencias, la formación y la sensibilización en temas de género y orientación sexual de la persona que entrevista. También se deben considerar obligatorios los programas de formación inicial y continua en temas de género y orientación sexual, entre otros, de las personas encargadas de la tramitación de los expedientes de protección internacional.

Es necesario desvincular la protección por motivo de género y orientación sexual de las circunstancias imperantes en el país de origen. Para la determinación de estas imperantes circunstancias aún encuentran más dificultades las personas que no cumplen las reglas de género, si en lugar de ser transexual, eres transgénero, encontrarás muchas más dificultades a la hora de justificar tu persecución por la estructura binaria que el sistema establece. Si la persona que solicita protección internacional es una persona que no cumple los estereotipos, alguien que no cumple las expectativas generadas de lo que es una lesbiana, un gay, una persona transexual, o intersexuada, será mucho más complicado que consiga la protección internacional, las justificaciones exigidas serán mayores y los antecedentes jurídicos no podrán apoyar su caso. Se continuará perpetuando por repetición las condiciones base sobre las que asentamos las solicitudes de protección internacional y la concesión de las mismas, pues dentro de la protección internacional por motivo de género, encontramos estereotipos difíciles de superar.

6. Las solicitudes de protección internacional por motivo de género y las establecidas por motivo de orientación sexual no sólo se enfrentan a obstáculos de carácter sustantivo sino que también tienen que superar especiales dificultades procedimentales. No resulta suficiente justificar las circunstancias imperantes en el país de origen y albergar un temor a sufrir persecución, sino que el temor a sufrir persecución debe estar “suficientemente fundado”. La presentación de las “pruebas” de la persecución resulta, en estos casos, un requisito a menudo insalvable. La persecución debe estar ligada (nexo causal) a alguno de los motivos tasados, cada persona que solicita protección internacional defenderá su demanda en una entrevista en la que el relato debe superar el criterio de la “verosimilitud”. El criterio de la “discreción” no es una razón válida para negar la protección de las personas refugiadas, al igual que el criterio de la “discreción no se puede aplicar en otros tipos de solicitudes de asilo, lo mismo debería aplicarse en los casos de orientación sexual o género. Del mismo modo, el concepto de alternativa de huida interna no debe ser invocado cuando, para estar a salvo, se recurre al ocultamiento.

La violencia física es el paradigma de agresión y violación de los derechos humanos, de la persecución. La necesidad de la prueba de los temores fundados de persecución, el elemento

subjetivo y el objetivo, induce a pensar que esta violencia va a estar presente en la mayoría de casos de huida. Y también que constituye por sí solo el acto persecutorio con mayor frecuencia, pero no el único, por tanto no solo hay que tener en cuenta o enfrentarse a la violencia sino a todas las demás formas de persecución que por motivo de género y orientación sexual podemos encontrar. La desaprobación social de las diversas identidades sexuales o su expresión normalmente significa más que la simple desaprobación de las prácticas sexuales. A menudo esto es subrayado por una reacción a la falta de cumplimiento con las normas y los valores culturales, de género y/o sociales establecidos. Las normas sociales sobre quiénes son y cómo se supone que se deben comportar las personas generizadas en el binarismo normalmente se basan en estándares heteropatriarcales. Tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de actos violentos para que se ajusten a los roles de género de la sociedad y/o para intimidar a otros al servir de “ejemplo”. Tal daño puede ser “sexualizado” como un medio para seguir degradando, objetivando o castigando a la víctima por su orientación sexual y/o identidad de género, pero también puede tomar otras formas. La intersección de género, orientación sexual e identidad de género es una parte integral en la evaluación de las solicitudes que planteen temas de orientación sexual y/o identidad de género. Daños como consecuencia de no ajustarse a los roles de género esperados es a menudo un elemento central en estas solicitudes. La simplificación lleva al esencialismo binario. No podemos acogernos a teorías que invisibilizan la condición de mujeres y no encaja en este supuesto la posible solicitud de protección internacional por motivo de identidad de género. Para la determinación de la condición de persona refugiada por motivo de género y orientación sexual, se deben tomar en cuenta de forma integral identidades diversas y cambiantes y su expresión, las circunstancias reales de la persona y el contexto cultural, jurídico, político y social.

Está ampliamente documentado que las personas LGBT (no encontramos tanta documentación sobre las personas transgénero y las intersexuales) son blanco de asesinatos, violencia sexual y de género, agresiones físicas, tortura, detenciones arbitrarias, acusaciones de conducta inmoral o desviada, la negación de los Derechos de reunión, de expresión y de información, y la discriminación en el empleo, la salud y la educación en todas las regiones del mundo. Muchos países mantienen severas leyes penales para relaciones consensuadas entre personas adultas del mismo sexo, algunos de los cuales estipulan encarcelamiento, el castigo corporal y/o la pena de muerte. No se puede generalizar la situación de todas personas que encajan en el concepto de orientación sexual bajo la estructura de la represión a los hombres gays, en ocasiones estos tienen un estatus jurídico que no tienen el resto de personas que no son heterosexuales. En estos y otros países, puede que las autoridades no estén dispuestas a o en

condiciones de proteger a las personas contra los abusos y la persecución por agentes no estatales, dando lugar a la impunidad para los autores y la tolerancia implícita o explícita de tales abusos y persecución. Las leyes que penalizan las relaciones homosexuales en los países de origen pueden ser persecutorias *per se*. Incluso si estas leyes no se aplican regularmente, no es razonable exigir que los solicitantes acudan primero a buscar la protección del Estado cuando su país de origen mantiene tales leyes. Para una instrucción correcta, es necesario que las personas que se dedican a la instrucción reciban formación de calidad y conozcan la experiencia de otros operadores jurídicos, lo que contribuiría a minimizar los errores en las resoluciones. Resulta imprescindible que, antes de iniciar la función que tienen asignada reciban formación sobre técnicas de entrevista, técnicas para un efectivo análisis de credibilidad y formación para tratar expedientes sobre LGTB o cuestiones de género.

7. Las experiencias de las personas LGBTI son muy variadas y están fuertemente influenciadas por su entorno étnico, cultural, económico, familiar, político, religioso y social.

Los antecedentes de la persona que solicita pueden afectar la forma en la que él o ella expresa su orientación sexual y/o identidad de género, o puede explicar las razones por las que él o ella no vive abiertamente como LGBTI. Es importante que las decisiones sobre las solicitudes de la condición de refugiado de personas LGBTI no se basen en interpretaciones superficiales de las experiencias genéricas, o en supuestos erróneos y culturalmente inapropiados o estereotipados. Es necesario tener en cuenta las diversas expresiones de género, la evolución de las identidades y las circunstancias reales de la persona. Es necesario que la información sobre el derecho a solicitar protección internacional sea real, esté redactada en un lenguaje adecuado y comprensible y llegue a la persona en el idioma que pueda comprender. Un conocimiento superficial de lo que significa ser LGBTTIQ, así como la falta de entendimiento intercultural de la sexualidad y el género, pueden dar lugar a que se determine que no hay credibilidad. La falta de reconocimiento de la dificultad que tienen los solicitantes discutiendo sus experiencias en torno a la orientación sexual o identidad de género, especialmente cuando han sufrido violencia sexual basada en el género, puede causar que se pasen por alto elementos importantes de la solicitud. Existe una desafortunada prevalencia de interrogatorios insensibles e inapropiados y, en algunos casos, pruebas invasivas por parte de algunos adjudicadores.

En el ciclo de desplazamiento las personas LGBTTIQ experimentan muchos riesgos durante la huida, llegada y asentamiento inicial. Los problemas que frecuentemente encuentran incluyen discriminación, abuso, violencia y explotación sexual, crímenes cometidos en nombre del honor, aislamiento de la comunidad y la familia, falta de oportunidades educativas y económicas

que, a veces, los lleva a verse obligados a recurrir al trabajo sexual, matrimonio forzado, acceso insuficiente a una vivienda segura, falta de acceso a servicios de salud y la devolución. Por tanto es necesario que se permita solicitar protección internacional en embajadas y delegaciones consulares. La intolerancia hacia las personas LGBTTIQ traspasa muchos países de primer asilo. El reasentamiento puede ser a menudo la única solución duradera viable para los refugiados LGBTTIQ. Deben desarrollarse con más profundidad la evaluación de riesgos y el proceso prioritario para el reasentamiento sobre la base de la vulnerabilidad. Así, partiendo de los intereses periféricos, intentaremos construir la normalidad.

6.2. Recomendaciones y nuevas líneas de investigación

Además de la inclusión del motivo de género y de orientación sexual, es necesario realizar una aplicación consecuente, transversal e interseccional del género para lograr una legislación coherente.

El motivo de género, en muchas ocasiones lo encontramos invisibilizado en el resto de motivos o categorías de persecución, porque no siempre encontramos un solo motivo de persecución, sino que este tiene muchos aspectos, atendiendo al punto de vista desde el que se enfoque. Para la visibilidad del género es muy importante saber qué motivo prevalece.

El motivo de género no es un motivo “de mujeres”, y lo podemos encontrar solo o aplicado de forma que prevalezca frente a otros, aunque venga acompañado.

Es necesario conceder validez jurídica a los instrumentos y a los órganos jurisdiccionales que puedan garantizar la responsabilidad de quienes, con su actuación, obligan a otras personas o grupos de personas a huir y les convierten en personas refugiadas.

Se necesita aprobar un Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, para que podamos obtener una visión global y real de la aplicación de la normativa en la materia.

Es imprescindible formar y sensibilizar en temas de género y orientación sexual a todas las personas implicadas en el proceso y que estén en contacto con las personas refugiadas. Los talleres de sensibilización y la prestación de servicios en países de asilo y de reasentamiento son ejemplos positivos.

Las experiencias masculinas se adoptan como referente neutro y se exige la asimilación a estas como base para la aceptación. En las propuestas de regulación y en la constitución de parámetros de análisis de las respuestas jurídicas que se han dado al respecto debe advertirse esta premisa. Por esta razón es conveniente promover interpretaciones que equiparen motivos y no que exijan la equiparación de las experiencias.

Eliminación de los CIE's, como ha sido indicado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suele haber una estricta jerarquía en los centros de detención y aquellos que están/que son considerados en la parte inferior de esta jerarquía, como los detenidos LGBTTIQ, sufren discriminaciones múltiples.

Puede ocurrir que las personas LGBTTIQ no puedan disfrutar plenamente de sus derechos humanos en materia de Derecho privado y de familia, incluida la herencia, la custodia, Derechos de visita de niñas o niños y derechos a las pensiones. Sus derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pueden ser restringidos. También puede que les sea negada una serie de Derechos económicos y sociales, en particular en relación con la vivienda, la educación, y la atención de la salud. El ostracismo comunitario puede tener un impacto perjudicial en la salud mental de las personas destinatarias, especialmente si tal ostracismo se ha prolongado durante un largo periodo de tiempo y cuando ocurre con impunidad o indiferencia. El efecto acumulativo de las restricciones sobre el ejercicio de los derechos humanos puede constituir persecución en un caso determinado.

En el Estado español es necesario que se conceda protección internacional a las personas con sexualidades no heteronormativas procedentes de lugares donde estas prácticas sean perseguidas legalmente o cuando estas persecuciones se produzcan aunque en las normas de los lugares de origen no encontremos una persecución directa sobre su persona, pero tampoco una prohibición de la misma. Porque esas leyes y normativas generan un ambiente permisivo hacia la persecución potencial y legitima la misma, que se puede producir sin garantías de protección, fomentando una cultura de intolerancia.

Es prioritario que exista una rotación en la asignación de expedientes para evitar que se pierda la objetividad que debe tener la persona que instruye al abordar cada caso¹⁴³.

La tramitación de las solicitudes en las que concurre alguna causa de exclusión debe ser

¹⁴³ Se ha podido comprobar que algunos informes de instrucción contienen afirmaciones de carácter general que cuestionan la credibilidad de la persona interesada y la documentación que aporta, debido a que la persona que instruye ha comprobado la existencia de falsedad o la irracionalidad de la actuación en otras personas que han solicitado protección internacional de la misma nacionalidad.

revisada, a fin de que la persona que solicita reciba notificación formal de la causa por la cual se ha decidido su exclusión antes de dictar resolución en el expediente y pueda efectuar alegaciones en defensa de su derecho, si lo estima oportuno. Se deben determinar líneas de actuación que alcancen a todos los aspectos de la instrucción, salvo la valoración individual de cada caso. Se debe conceder a los menores el mismo nivel de protección que al o a la progenitora, aun cuando uno de ellos o una de ellas no esté localizable o cuando se constate la existencia de violencia de género. Respecto a la resolución administrativa, la Directiva de Procedimiento determina que en las desestimaciones se procurará detallar las razones de hecho y de derecho, así como las actuaciones a seguir tras una denegación (Defensor del Pueblo. 2016: 36-37).

En el Estado español no existe información sobre el motivo por el que solicita asilo, circunstancia que sigue dificultando el estudio de esta materia. Las resoluciones en primera instancia de la OAR no son públicas. Esta falta de transparencia dificulta igualmente el estudio del tema (Bookey, 2012). Otro de los problemas que se plantea en el Estado español es que las decisiones positivas de la OAR no están motivadas, así que no puede conocerse ni el motivo por el que se ha concedido la condición de refugiada ni el razonamiento jurídico llevado a cabo para obtener dicha conclusión. Sí son motivadas las resoluciones que deniegan la protección internacional por limitar derechos subjetivos y subsumirse dentro del artículo 54 a). Esto impide conocer los criterios que sigue la administración para conceder uno de ambos estatutos y el motivo por el que se concede asilo y dificulta la defensa de casos posteriores por lo que un cambio de la legislación imponiendo la obligación de motivar las resoluciones favorables a la concesión del Derecho de asilo y la condición de refugiada es de primordial importancia.

Se debe introducir un protocolo cuando en el transcurso de una entrevista la persona se encuentre en situación de bloqueo psicológico y mejorar el ámbito de las entrevistas. Es necesario mejorar también la información que se entrega a las personas demandantes de asilo, adaptando esta información a todos los perfiles e introducir una perspectiva acorde al género.

Es necesario introducir un visado humanitario que permita el acceso de potenciales personas solicitantes al territorio nacional para pedir asilo en territorio.

Una de las suposiciones del derecho que hay que superar es que quien juzga es imparcial (Minow, 1988).

BIBLIOGRAFÍA

- ADLBI SIBAI, Sirin. *La cárcel del feminismo. Hacia un pensamiento islámico decolonial*. Akal. 2016.
- ALARIO TRIGUEROS, María Teresa. “Nos miran, nos miramos”, (sobre género, identidad, imagen y educación), *Revista Tabanque* nº 15 pp. 59-78. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2001.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consejo de Derechos Humanos. 29º período de sesiones. 4 de mayo de 2015.
- ALDARTE (Centro de Atención a Lesbianas, Gays y Transexuales) “Derecho de Asilo de las Mujeres Perseguidas por Motivos de Género y Orientación sexual. Mujeres Lesbianas y transexuales: una doble discriminación”. Bilbao, 2006.
- ALI, Zahra “Feminismos Islámicos” École des Hautes Études en Sciences Sociales. Francia. 2014.
- AMORÓS, Celia. AGRA ROMERO, María José. *Feminismo y filosofía*. Editorial Síntesis, 2000.
- ARADAU, Claudia. “The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation of Human Trafficking”. *Millennium-Journal of International Studies* 2004 33:251.
- ARENAS HIDALGO, Nuria C. “La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. 2008 pp 59-102.
- “Flujos masivos de población y seguridad: La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”. *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*. Vol. 18. Nº 36. 2016. Pp 339-372.
- ARENDRT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza Editorial. Madrid, 2006.
- *¿Que es la política?*. Barcelona, 1997.

- ARRESE IRIONDO, M^a Nieves “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular” 2010.
- “El derecho a la reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009” 2010.
 - *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Universidad del País Vasco. Bilbao. 2011.
 - *Tensiones Entre las Políticas de Extranjería y los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch 2016.
- BADRAN, Margot. *Feminismo en el Islam. Convergencias laicas y religiosas*. Ediciones Cátedra. Universitat de València. Madrid 2012.
- BARBERO GONZÁLEZ, Iker “Movimientos transnacionales, inmigración y reconocimiento jurídico en la Europa fortaleza del siglo XXI” 2009.
- “fronteras invisibles” 2011.
 - “Orientalising citizenship: the legitimation of immigration regimes in the European Union” *Citizenship Studies*. Volumen 16. Pags 751-768. Aug 2012.
 - *Globalización, Estado y ciudadanía*. Tirant lo Blanch. 2012.
 - “Ciudadanía y orientalismo: Estrategias y tecnologías para el gobierno de las migraciones” 2014.
 - *Tensiones Entre las Políticas de Extranjería y los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanc. 2016.
 - “La protección de la vida familiar frente a las decisiones de políticas migratorias en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” 2016.
 - “Criminalización de la comunidad musulmana y la lucha por la presunción de inocencia” *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 115, p. 39-60. Abril 2017.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Versiones de la Democracia, Feminismos y política radical”, en Ruth Mestre y Yanira Zúñiga (Coords.): *Democracia y participación política d ellas mujeres, Visiones desde Europa y América Latina*, Tirant lo Blanch. Valencia 2013. pp. 45-80.
- *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Civitas. Madrid. 1997.
 - “Iusfeminismo y Derecho Antidiscriminatorio: Hacia la Igualdad por la Discriminación” en Ruth Mestre i Mestre (coord.): *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*. Tirant lo Blanc. Valencia. 2008. pp. 45-71.
- BAR- TAL, Daniel. “Formación y cambio de estereotipos étnicos y nacionales. Un modelo integrado”. *Universidad de Tel Aviv. Psicología Política*, N^o9, Noviembre, 1994, 21-49.

- BAUMAN, Zygmunt. *COMUNIDAD. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Traducción de Jesús Alborés. Editorial Siglo XXI. Tercera edición. Madrid, julio 2008.
- *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*. Traducción de Josep Sempere y Enric Tudó. Editorial Arcadia. Barcelona, 2006.
- BEAUVOIR, Simone de. *El segundo sexo*. Ediciones Cátedra. Universidad de València. Instituto de la mujer. Madrid, 2005.
- BELL HOOKS. "Feminism: a Movement to end Sexist Oppression", en Anne Phillips (eds.): *Feminism and equality*, New York University Press. Nueva York. 1987. pp. 62-76.
- BHABHA, Jacqueline. "Internationalist Gatekeepers?: The Tensión Between Asylum Advocacy and Human Rights". 2002.
- "Demography and Rights: Women, Children and Access to Asylum" *International Journal of Refugee Law*, vol. 16/2, pp. 227-243.
- BIANCHI PERNASILICI, Gisela Marisa. *Migraciones y Trabajo Doméstico-de Cuidados. El caso de la población andina en el Gran Bilbao*. Tesis Doctoral. Leioa. 2014.
- BIGLIA, Barbara. *Narrativas de mujeres sobre las relaciones de género en los movimientos sociales*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona. Barcelona. 2005.
- "Desde la investigación-acción hacia la investigación activista feminista" Universidad Oberta de Catalunya. Psicología de género. 2005.
- BROWN, Wendy. *Estados amurallados, soberanía en declive*. Editorial Herder. 2015.
- BUTLER, Judith. "Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista" Sue- Ellen Case (de.), *Performing Feminisms: Feminist Critical Theory and Theatre*, Johns Hopkins University Press, 1990, pp. 270-282.
- *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Paidós. Buenos Aires. 2002.
 - *Deshacer el género*. Paidós. Barcelona, 2006.
 - *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós. Barcelona 2007.
 - "Imitación e insubordinación de género". En paroledequeer.blogspot.com.es. Publicado en *The Lesbian And Gay Studies Reader* (Routledge, 1993), volumen dirigido por Henry Abelove, Michèle Aina Barale y David Halperin, y en *Graffias de Eros. Historia, género e identidades sexuales* (Edelp, 2000). Traducción de Mariano Serrichio.
 - *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Madrid, 2010.
 - *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Paidós Básica. Barcelona. 2017.

- CASTEL, Antoni y SENDÍN, José Carlos (eds.) *Imaginar África. Los estereotipos occidentales sobre África y los africanos*. Catarata y Casa África. Madrid, 2009.
- CASTLES, Stephen. *Global perspectives on forced migrations*. Refugee Studies Centre. University of Oxford, based on December 2004, Jakarta Workshop, 26 September 2005.
- “La política internacional de la migración forzada”. Migración y desarrollo, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Latinoamericanistas. Zacatecas, 2003.
- CATALÁ PELLÓN, Alicia. “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2010.
- CERIGIONI, Elisabetta. “Fortaleza Europa. Comentarios a las políticas sobre refugiados en la Unión Europea”. Universidad de Siena, Italia. Gaceta de Antropología nº20, pp. 20-31. Siena, 2004.
- CHARLESWORTH, Hilary “What are Women’s International Human Rights?”, en Rebecca Cook (de.) *Human Rights of Women, National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press. pp. 58-84. Filadelfia. 1994.
- “Human Rights as Men’s Rights” en Julie Peters y Andrea Wolper (de.): *Women’s Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*. Routledge. pp. 103-114. Nueva York. 1995.
 - “Feminist Methods in International Law”. *American Journal of International Law*. vol. 93, pp. 379-394. 1999.
- CHOMSKY, Noam. *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*. Editorial Paidós Estado y Sociedad. Barcelona, 2001.
- COLL-PLANAS, Gerard. *La voluntad y el deseo. Construcciones discursivas del género y la sexualidad: el caso de trans, gays y lesbianas*. Tesis Doctoral dirigida por María Jesús Izquierdo. Facultat de Ciències Polítiques i sociologia Departament de Sociologia. Universitat Autònoma de Barcelona.
- CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado). CEAR Euskadi. *Persecución por motivos de género y derecho 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. Euskadi 2009.
- Informe 2010 *La situación de las personas refugiadas en España. El asilo en tiempos de crisis*. Madrid, 2010.
 - Informe 2011 *La situación de las personas refugiadas en España*. Entinema. Madrid 2011.
 - Informe 2012 *La situación de las personas refugiadas en España*. Catarata. Madrid 2012.
 - Informe 2013 *La situación de las personas refugiadas en España*. Catarata. Madrid. 2013.

- Vivir sin miedo. La protección del asilo frente a la persecución por motivos de género 2013. Euskadi.
- Informe 2014 *La situación de las personas refugiadas en España*. Catarata. Madrid. 2014.
- Informe 2015 *Las personas refugiadas en España y Europa*. Catarata. Madrid. 2015.
- Informe 2016: *Las personas refugiadas en España y Europa*. Madrid. 2016.

COOK, Rebecca (1994a): “State Responsibility for Violations of Women’s Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 7. pp. 125-175.

- “State Accountability under the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women” en Rebecca Cook (de.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994b pp. 228-256.
- “Reservation to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women”, *Virginia Journal of International Law*. 1990 Vol.30, pp 643-716.

CLAVERA ARIZTI, Isabel María. “Controles en fronteras, asilo e inmigración”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº10- 1º semestre 2006.

CRAWLEY, Heavent *Refugees and Gender, Law and Process*. Jordan. Bristol. 2001.

CURIEL PICHARDO, Ochy. “Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista”. *Nómadas*. Universidad Central- Colombia. Pags 92-101. 26 abril de 2007.

DAVIS, Angela Y, *Mujeres, raza y clase*. Akal. Madrid, 2005.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre EL ASILO EN ESPAÑA. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid. Junio 2016.

De LAURENTIS. Teresa. “Technologies of Gender. Essays on Theory, Film and Fiction” Macmillan Press, London 1989. Pags 1-30.

De LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2003.

De LUCAS, Javier. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Temas de Hoy. Ensayo. Madrid, 1994.

- “Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías. Tecnos. Madrid, 1992.
- “Fundamentos Filosóficos del Derecho de Asilo”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las casas*. p.23-56 (Ene-jun 1995).
- *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Editorial Icaria Antrazut. Barcelona 1996.
- *Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión*. RODRÍGUEZ,

M^a Eugenia, TORNOS, Andrés (eds.) “Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes”. Sociedad, cultura y migraciones. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2000. (Pag 13-39).

- LUCAS, Javier y TORRES, Francisco (eds.) *Inmigrantes: ¿como los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. TALASA Ediciones S.L. Madrid, 2002.
- *Europa: derechos, cultura*. Coordinador Javier de Lucas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- “El derecho de asilo en peligro. ¿Reforma o retroceso en España?” Mèmoire des Luttes. 2 marzo de 2009.

DÍAZ LAFUENTE, José, *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*. Tesis Doctoral. Valencia. Junio 2014.

- “El Derecho de asilo por motivo de orientación sexual e identidad de género.” Derecho Público Europeo. UNED. Revista de Derecho Político. N° 89, enero-abril 2014, págs. 345-388.

DIEZ CELAYA, Rosalía. *Las mujeres en el Mundo* Perspectiva antropológica. Visión histórica. La insurgencia feminista. El feminismo en el s.XX. La trasiición y las costumbres. El trabajo y la violencia. Editorial ACENTO. Madrid, 1997.

ECHART MUÑOZ, Enara (Coord) *Migraciones en tránsito y derechos humanos*. Red Universitaria de investigación sobre cooperación para el desarrollo Madrid. Editorial Catarata. Madrid, 2011.

ELVIRA PERALES, Ascensión. “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional” Universidad Carlos III de Madrid. Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual. Red Derechos Humanos y Educación Superior. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2014.

FACIO, Alda. “Sexismo en el derecho de los derechos humanos” en *La mujer ausente*. Derechos humanos en el mundo, Santiago de Chile, Ed. De las Mujeres, N°15, 1991.

FAUSTO – STEARLING, Anne. *Cuerpos sexuados*. La política de género y la construcción de la sexualidad. Traducción de Ambrosio García Leal. Editorial Melusina. Barcelona. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial TROTTA. Madrid, 1999.

- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial TROTTA. Madrid, 2001.
- *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial TROTTA. Madrid 2008.

- FOUCAULT, Michel. *I. La voluntad de saber*. Historia de la sexualidad. Siglo XXI. Madrid, 2006.
- FOX KELLER, Evelyn. *Reflexiones Sobre Género y Ciencia*. Política y Sociedad 4. Alfons el Magnánim. Valencia. 1991.
- FRA. European Union Agency for Fundamental Rights. “Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la UE.” Parte II: La situación social. Viena. Austria. 2009.
- “Current migration situation in the UE: Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers” March 2017.
- GALÁN MARTÍN, Ángela. “Multiculturalismo y derechos humanos de las mujeres”. Cátedra de Estudios de Género. Universidad de Valladolid.
- GAMERO, Isabel G. “Paradojas y retos de los transfeminismos” *Diamon*. Revista Internacional de Filosofía. Suplemento 5 (2016), 415-425.
- GEULEN, Christian. *Breve historia del racismo*. Alianza Editorial. Madrid, 2010.
- GHALIOUN, Burhan. “La crisis del mundo árabe” Estado contra Nación.
- GIL, Silvia L. *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión. Una historia de trayectorias y rupturas en el Estado español*. Traficantes de sueños. Madrid. 2011.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch alternativa. Valencia. 2004.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen y ÁLVAREZ-MIRANDA, Berta. *Inmigrantes en el barrio. Un estudio cualitativo de opinión pública*. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The Refugee in the International Law*. Clarendon. Oxford. 1996.
- Grupo de Trabajo *Queer*. El eje del mal es heterosexual. Figuraciones, movimientos y prácticas feministas *queer*. Traficantes de sueños. Movimiento. Madrid. 2005.
- GRAF BLAZQUEZ, Norma. *El retorno de las brujas: incorporación, aportaciones y críticas de las mujeres en la ciencia*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. México. 2008.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. “Dignidad de la persona y derechos fundamentales” UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia) Narcial Pons, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. Madrid, 2005.
- HARAWAY, Donna J. *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Ediciones Cátedra, Universitat de València. Instituto de la Mujer. Madrid. 1995.
- “Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective”. *Feminist Studies*. Vol. 14, No.3. Autumn. 1988. pp. 575-599.

- HARDING, Sandra G. *Ciencia y Feminismo*. Ediciones Morata., S.L. Madrid. 1996.
- "Introduction: Is There a Feminist Method?" in *Feminism and Methodology*, edited by Sandra Harding, 1-14. Indiana University Press. Indianapolis. 1987.
- HERRERO CECILIA, Juan. "La teoría del estereotipo aplicada a un campo de la fraseología: las locuciones expresivas francesas y españolas". Universidad de Castilla-La Mancha.
- HOOKS, Bell *et al. Otra inapropiables. Feminismos desde la frontera*. Traficantes de sueños. Madrid. 2004.
- ILGA. 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. 8ª Ed. Mayo de 2013.
- ILGA-EUROPE. Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe. 2013.
 - Guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers. ILGA Europe. 2011.
- IZQUIERDO, María Jesús. "Lo que cuesta ser hombre: costes y beneficios de la masculinidad" Universitat Autònoma de Barcelona, Congreso Sare 2007. "Masculinidad y vida cotidiana". EMAKUNDE, Donostia, 5 de Noviembre 2007.
- "Estructura y acción en la violencia de género" Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, 2005.
- JULIANO, Dolores. *Excluidas y Marginales: una aproximación antropológica*. Ed. Catedra. 2004.
- "Lesbianismo y roles de género" Libertades Laicas. Red iberoamericana por las libertades laicas. <http://www.rompiendoelsilencio.cl/artiene6.htm> México, 2006.
- KENNADY, Marian "Gender- Related Persecution and the Adjudication of Asylum Claims: Is a Sixth Category Needed?". *Florida Journal of International Law*, vol. 12, pp. 317-340. EE.UU. 1998.
- KELLY, Nancy. "Guidelines for Women's asylum claims" *International Journal of Refugee Law*. Vol 13/4. 1994. pp. 517-534.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Editorial Paidós. Barcelona, marzo 2010.
- LACOMBA, Joan. FALOMIR, Fernando (eds) *De las migraciones como problema a las migraciones como oportunidad*. Codesarrollo y movimientos migratorios. Madrid, 2010.
- LACOMBA, Josep. *Historia de las Migraciones Internacionales*. Historia, geografía, análisis e interpretación. Catarata. Madrid, 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. 3ª edición. Civitas. 2015.

- LORDE, Audre. “La Hemana, La Extranjera. Artículos y Conferencias”. LIFS (Lesbianas Independientes Feministas Sociales) 1984.
- LORENTE ACOSTA, Miguel. “Lo normal de lo anormal: Raíces y frutos de la violencia contra las mujeres”. En Fundación Seminario de Investigación para la Paz (de): *Pacificar violencias cotidianas*, pp. 169-192. Zaragoza, Departamento de Cultura, Gobierno de Aragón, 2003.
- LUIBHÉID, Eithne and CANTÚ Lionel Jr., Editors. *Queer Migrations. Sexuality, U.S. Citizenship, and Border Crossings*. University of Minnesota Press. Minneapolis. London. 2005.
- MACKINNON, Catherine A. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Ediciones Cátedra. Universitat de València. Instituto de la Mujer. Feminismos. Madrid, 1995.
- MAQUIEIRA, Virginia (ed.) *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*. Ediciones Cátedra. Universitat de València. Instituto de la Mujer. Madrid. 2006.
- MARCOS, Liliana (de). *Explotación sexual y trata de mujeres*. Editorial Complutense. Colección una mirada a nuestro tiempo. Madrid, 2006.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José, “Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo” Universidad de Burgos. de. Dykinson, S.L. Madrid, 2000.
- MENDIA AZKUE, Irantzu; LUTXÁN, Marta; LEGARRETA, Matxalen; GUZMÁN, Gloria; ZIRION, Iker; AZPIAZU CARBALLO, Jokin (eds.). *Otras formas de (re)conocer. Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*. UPV/EHU. Hegoa. SIMreF. Gipuzkoa. 2014.
- MERINO i SANCHO, Víctor Manuel. “Derecho de asilo y género: ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº17 “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención”, Valencia, 31 de octubre de 2008.
- “Violencia de Género y Derecho de Asilo”. Tesis doctoral. Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia, 2009.
 - *Limitando derechos: la reagrupación familiar y el asilo por violencia de género*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos. Madrid. 2012.
 - “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género.” Documentación Social 180. Monografías 9. 2016.
- MERTON, Robert K. *La Sociología De La Ciencia: Investigaciones Teóricas y Empíricas*. Alianza Universidad 184. Madrid. 1977.
- MERNISSI, Fatima. *El Harén en Occidente*. Ed. S.L.U. Espasa Libros. 2001.
- MESTRE i MESTRE, Ruth “Mujeres, Derechos y Ciudadanías” en Ruth Mestre (Coord.): *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*. Tirant lo Blanc. Valencia. 2008. Pp. 17-42.
- “Ciudadanía, Autonomía y Participación política de las mujeres en democracia” en Ruth Mestre y Yanira Zuñiga (Coords.): *Democracia y participación política de las*

mujeres, Visiones desde Europa y América Latina. Tirant lo Blanc. Valencia. 2013. Pp. 15-44.

MEYERFELD, Bonita. "Reconceptualizing Domestic Violence in International law" *Albany Law Review*, Vol. 67. 2003. pp 371-426.

MEZZADRA, Sandro. Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización. Traficantes de Sueños. Mapas. Madrid. 2005.

MIGUEL JUAN, Carmen. Pandataria: Una mirada feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de las Personas Refugiadas. Tesis Doctoral. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. Valencia, 2014.

- "La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional". The AIRE Centre. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 17. 2008.

MILLET, Kate. *Política sexual*. Cátedra. Madrid. 1969.

MOHANTY, Chandra Talpade. "Bajo los ojos de Occidente: academia feminista y discursos coloniales" en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) 2008: *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*. Madrid. Cátedra. 1984. Pp 117-163.

- "Feminist Encounters: Locating the Politics of Experience" en Anne Phillips (eds.): *Feminist and Politics*. Oxford- Nueva York, Oxford University Press. 1998. Pp. 254-272.

- "De vuelta a 'Bajo los ojos de Occidente': la solidaridad feminista a través de las luchas anticapitalistas", en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*. Madrid, Ed. Cátedra. 2003. Pp. 407-467.

MORA, Luis. "Las fronteras de la vulnerabilidad: género, migración y derechos sexuales y reproductivos". Equipo de Apoyo Técnico. Oficina para América Latina y Caribe. Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA). Santiago de Chile, 2003.

MOSANGINI, Giorgio. "Codesarrollo: ¿algo más que una moda? Rebelión, enero de 2007.

MUÑOZ AUNIÓN, Antonio. *La política común europea del Derecho de Asilo*. Tirant monografías, Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea* Derecho y Relaciones Internacionales. Madrid, 2010.

MUSALO, Karen. "La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus derechos fundamentales" *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Vol. 8. 2005. Pp. 9-12

- MUSALO, Karen, MOORE, Jennifer y BOSWELL, Richard A. *Refugee Law and Policy, A comparative and International Approach*. Carolina Academic Press. Durham. 2002.
- MUSARRAT AKRAM, Susan. “Orientalism Revisited in Asylum and Refugee Claims”. 2000.
- NAÏR, Sami. *Las heridas abiertas. Las dos orillas del Mediterráneo: ¿un destino conflictivo?*. Edición revisada y actualizada por el autor. Editorial Punto de Lectura. Madrid, 2002.
- *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo*. Presentación de Javier de Lucas, Edición al cuidado de Hélène Fabra, Editorial Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores. Barcelona, 2010.
- NOMBRA (Comisión Asesora sobre Lenguaje del Instituto de la Mujer) en femenino y en masculino. ALARIO, Carmen. BENGOCHEA, Mercedes. LLEDÓ, Eulalia. VARGAS, Ana. *La representación del femenino y el masculino en el lenguaje*. Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.
- OAR (Oficina De Asilo Y Refugio) *Asilo en cifras 2009*. Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Subdirección General de Asilo. Madrid, 2010.
- OLIVA PORTOLÉS, Asunción. “Feminismo postcolonial: la crítica al eurocentrismo del feminismo occidental.” Cuaderno de Trabajo número 6. Abril. 2004.
- OSBORNE, Raquel. “Sexo, género, sexualidad. La pertinencia de un enfoque constructivista”. Papers 45. Páginas 25-31. UNED. 1995
- OXFORD, Connie G. “Protectors and Victims in Gender Regimen of Asylum” *NWSA Journal*. Vol. 17/3. 2005. pp 18-38.
- PARLAMENTO EUROPEO. “Opinión de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades para la Comisión de Cultura, Juventud, Educación, Medios de Comunicación y Deporte”. 2002/2205 (INI). 28 de enero de 2003.
- PÉREZ BARAHONA, Sergio. “El Estatuto de “refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951”. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja. Nº 1. 2003.
- PÉREZ F.-FÍGARES, Kim. “¿Mujeres o Trans? La inserción de las transexuales en el movimiento feminista”. Ponencia para las jornadas feministas de Córdoba. 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Dimensiones de la Igualdad”. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” nº 34, pp. 135. Madrid. DIKYNSON. 2005.
- PICHARDO, José Ignacio. “Mujeres lesbianas y derechos humanos” en Maquieira, Virginia (ed) (2006) *Mujeres, globalización y derechos humanos*. Cátedra, Madrid. Págs. 345-398.
- PICÓ LORENZO, Celsa. “La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada”. Diario La Ley, nº 7219, 2009.

- PLATERO MÉNDEZ, Raquel (Lucas). (de.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Temas contemporáneos. Ediciones Bellaterra. Madrid. 2012.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel (Lucas) & ORTEGA ARJONILLA, Esther (2015). Movimientos feministas y trans* en la encrucijada: aprendizajes mutuos y conflictos productivos. *Quaderns de Psicologia*, 17(3), 17-30.
- PRECIADO, Paul B. *Texto Yonqui*. Espasa. 2008
- *Manifiesto contrasexual*. Traducción de Julio Díaz y Carolina Meloni. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002, 2011.
- PULEO, Alicia H. “Democracia e Igualdad entre hombres y mujeres”. Cátedra de Estudios de Género de la Universidad de Valladolid.
- “Filosofía, Género y Pensamiento crítico”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2000.
- RAMON CHORNET, Consuelo (de). “Los refugiados del nuevo siglo”. Los retos humanitarios del Siglo XXI. Tirant lo Blanch, 2004.
- RANDALL, Melanie “Refugee Law and State Accountability for Violence against Women: A comparative Analysis of Legal Approaches to Recognizing Asylum Claims Based on Gender Persecution”, *Harvard Women’s Law Journal*. Vol 25. pp 281-318. 2002.
- RAZACK, Sherene. “Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender”. 1995.
- RED EUROPEA DE MIGRACIONES, “La organización de las políticas de asilo y migraciones”. España. Junio 2009.
- ROIZ CÉLIX. Miguel. “La construcción de la diferencia cultural de los inmigrantes en los medios de información.” *Documentación social*. Nº 97. 1994. Pp 177-198.
- RUBIN, Gayle. “El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. (Título original en inglés “The Traffic in Women: Notes on the “Politics Economy” of sex”. Publicado en: Reider, Rayana (comp.), *Toward an Anthropology of Women*, Monthly Review Press, Nueva York, 1975. Traducción de Stella Mastrangelo.) *Nueva Natropología*, Vol.VIII, Nº30, México 1986.
- “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad.” Vance, Carole S. (Comp.) *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*. , Ed. Revolución, Madrid, 1989. pp. 113-190.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- SAID, Edward W. *Orientalism*. Vintage Books. United States, 1978.
- SANCHEZ LEGIDO, Ángel. “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo”. *Revista electrónica de estudios internacionales*. Nº 18, 2009.

- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El derecho de asilo en la Constitución Española*. Editorial Lex Nova, Colección Derecho Público, Valladolid, 2001.
- SANZ-CABALLERO, Susana. “El Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y Su Respuesta Al Reto De La Transexualidad: Historia De Un Cambio De Criterio”. *American University International Law Review* 29 no 4. 2014 : 831-868
- SASSEN, Saskia. *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Ed. Siglo XXI de España, 2013.
- SCOTT, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. En James S. Amelang y Mary Nash (eds.) *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna contemporánea*. Edicions Alfons el Magnànim, Institutió Valenciana d'Estudis i Investigació. pp. 23-58. Valencia. 1990.
- SHERIDAN, Mary M “Comment: In Re Fauziya Kasinga: The United States has opened its Doors to Victims of Female Genital Mutilation” *St. John's Law Review*, Vol. 71. pp 433-467. 1997.
- SINHA, Anita: “Domestic Violence and US Asylum Law: Eliminating the <<Cultural Hook>> for Claims Involving Gender-Related Persecution”, *New York University Law Review*, vol. 76, Novembre 2001, pp. 1562-1598.
- SOLA, Miriam y URKO, Elena. *Transfeminismos. Epistemes, fricciones y flujos*. Txalaparta. Tafalla. 2013.
- SPELMAN, Elizabeth *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*. Beacon Press. Boston. 1988.
- SPIJKERBOER, Thomas. *Women and Refugee Status: Beyond the public/private distinction*. Emancipation Council. La Haya. 1994.
- STEVENS, Mattie. “Recognizing Gender-Specific Persecution: A Proposal to Add Gender as a Sixth Refugee Category”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 3. pp 179-219. 1993.
- SUAREZ NAVAZ, Liliana. HERNANDEZ CASTILLO, Rosalva Aída. (eds.) *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*. Ediciones Cátedra. Universitat de València. Instituto de la mujer. Madrid, 2008.
- TRUJILLO HERRERA, Raúl. “El asilo político entre el muro de Berlín y el 11 de septiembre: una figura en crisis”. *Migraciones Internacionales*, vol. 2, nº 4, pp. 183-195, 2004.
- *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*. Dickinson, S.L. Madrid, 2003.
- TUBERT, Silvia. “La crisis del concepto de género” en Silvia Tubert (eds.): *Del sexo al género, Los equívocos de un concepto*. Cátedra. Madrid. 2003. pp 7-37
- PARRA, Andrea. *Asilo y Género: Manual de Orientación*. Women's Link Worldwide. Perú. 2004.

- URQUIDI CARRILLO, Juan Enrique. “Consideraciones históricas en torno al asilo”. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Nº 13. 1981.
- VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJNZ, Arjen, ZWAAK, Leo *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Intersentia. Oxford 2006.
- VIDAL FUEYO, María del Camino. *Régimen Jurídico del Derecho de Asilo en la Ley 12/2009*. Rosario García Mahamut y Javier Garparsoro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.
- VIÑUALES SARASA, Olga *Lesbofobia*. Bellaterra. 2002.
- WEINBERG, Steven. *Plantar Cara: La Ciencia y Sus Adversarios Culturales*. Paidós. Transiciones 44. Barcelona. 2002.
- WITTING, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Título original: *The Straight Mind and other essays* Beacon Press, Boston 1992. Traducción de Javier Sáez y Paco Vidarte. Editorial EGALES, S. L. Madrid 2006
- YOUNG, Iris Marison. *Justice and the politics of difference*. Princeton, Princeton University Press. 1990.
- “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, en Carmen Castell *Perspectivas feministas en teoría política*. Paidós. Barcelona- Buenos Aires. 1996.
- ZIGA, Itziar. *Devenir Perra*. Editorial Melusina S.L. España. 2009.
- ZUBÍA GUINEA, Marta. “Mujeres y Ciudadanas: artesanas invisibilizadas de derechos humanos”. Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto. Bilbao, 2007.

Páginas Web:

ilga.org

www.acnur.es

www.boe.es

www.elmundo.es

www.elpais.com

www.eldiario.es

www.gara.net

www.mir.es

www.rebellion.org

www.unhcr.org

www.hegoa.ehu.es

<http://paroledequeer.blogspot.com.es>

<http://www.pikaramagazine.com>

ANEXO I : TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES

“La asociación de un sexo natural con un género distinto, y con una ostensiblemente natural “atracción” hacia el sexo/género opuesto, es una conjunción nada natural de construcciones culturales al servicio de intereses reproductivos”. (Michel Foucault, *La voluntad del saber*. 2006: 154)

Definiremos las nociones que aportan algo específico, en ocasiones utilizaremos definiciones establecidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Seguiremos un orden alfabético.

- Activismo *queer*, “nace en al década de 1980 en Estados Unidos fruto de la confluencia de “la crisis del sida, la crisis del feminismo heterocentrado, blanco y colonial, y la crisis cultural derivada de la asimilación por el sistema capitalista de la incipiente cultura gay” (Sáez, 2005:67). “Este activismo se retroalimenta con la teoría *queer*, algunos de cuyos puntos centrales son: la crítica a los discursos heterocentrados (más que a la homofobia), el cuestionamiento de los binomios mujer/hombre y hetero/homo, la concepción antiesencialista del sexo, la resistencia a la normalización, la alianza con las sexualidades marginales y las políticas hiper-identitarias y post-identitarias” (Sáez, 2004:128-129). Habitualmente vinculado a proyectos de autogestión, sus objetivos son la subversión o transgresión de los valores establecidos mediante un tipo de trabajo individual, *performances* y acciones confrontativas” (Sáez 2005; 2004 en Coll-Planas, 2009: 133).
- Binarismos de género, es una construcción social categorial dicotómica. En la que “distinguimos, siguiendo a Olsen (2000), tres características de este sistema de dualismos: 1) los dualismos están sexualizados. Una mitad de los dualismos se considera masculina y la otra mitad, femenina. Los hombres se han identificado a sí mismos con el lado racional, activo, con el pensamiento, la razón, la cultura, la mente, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, el cuerpo, lo subjetivo, lo concreto, lo particular; 2) los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es

privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto e inferior. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Lo irracional se define como la ausencia de lo racional, lo pasivo frente al fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento y la razón tiene prioridad frente a la emoción; y 3) el derecho se identifica con el lado jerárquicamente superior y masculino de los dualismos. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal y como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal y como los hombres consideran a las mujeres” (Olsen, 2000 en Miguel, 2014:13).

- Bisexual, persona que es física, romántica y/o emocionalmente atraída tanto por hombres como por mujeres. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio. En algunos países la persecución puede ser dirigida expresamente a la conducta gay o lesbiana, pero no obstante abarcar actos de personas que se identifican como bisexuales. Las identidades bisexuales a menudo describen su orientación sexual como “fluida” o “flexible” (ACNUR, 2012).
- Cisgénero, este término aún no lo encontramos incluido como tal en el diccionario de la Real Academia Española, lo que sí encontramos definido en el misma es el prefijo *cis*, abreviatura con la que se define a las personas cisgénero y que significa según la RAE “de la parte o del lado de acá”. Cuando el sexo asignado al nacer, el sexo validado como propio y el género concuerdan. Una persona se considera cissexual cuando asume el sexo genital o anatómico asignado al nacer.
- Deconstrucción, “proceso de transformación en el cual a partir de la propia configuración de un hecho o un paradigma, y por sus propias contradicciones, se desmontan contenidos y se resignifican, se recolocan y se recomponen en otro orden. En la metodología deconstructiva no es posible cambio como agresión; por el contrario, la creación exige reconstrucción” (Lagarde, 1996:85 en Miguel 2014:1).
- Feminismo: “práctica social, movimiento o *corpus* teórico basado en una postura crítica o de transformación de la realidad que, partiendo de que las mujeres viven una historia inacabada

de discriminación respecto de los hombres, sostiene que esa discriminación impregna las estructuras sociales de todo tipo (económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.), y considera que la lucha contra esa discriminación exige un esfuerzo de análisis y revisión de (y desde) todos los ámbitos disciplinares del saber” los feminismos son “pluralidad de perspectivas o tendencias feministas” (Barrère, 2008:47).

- Feminismo jurídico: “cuando la corriente crítica definida como feminismo intenta transformar la realidad y la cultura jurídica como instancias productoras y reproductoras de discriminación y -a mayor razón- es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídica, se puede hablar de feminismo jurídico, 'iusfeminismo', 'teoría jurídica feminista', 'teoría del derecho feminista', 'teoría feminista del derecho' (o en inglés, *feminist jurisprudence o feminist legal theory*)” (Barrère, 2008:47).
- Gay, se utiliza para describir a un hombre que es atraído física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otros hombres, (el término gay también se utiliza para describir a mujeres lesbianas, en este trabajo esta opción no la hemos validado porque invisibiliza). Los hombres gays numéricamente dominan las solicitudes de la condición de refugiado basados en la orientación sexual y la identidad de género, sin embargo, sus solicitudes no deben ser tomadas como un “patrón” para otros casos relacionados con la orientación sexual y/o identidad de género. Los hombres gays suelen ser más visibles que otros grupos LGBTI en la vida pública en muchas sociedades y pueden convertirse en el foco de las campañas políticas negativas. Hay que evitar suposiciones de que todos los hombres gays manifiestan su orientación sexual públicamente o que todos los hombres gays son afeminados. Tras haber desafiado el privilegio masculino mediante la adopción de roles y características, los hombres gays pueden ser vistos como “traidores”, ya sean afeminados o no. Algunos hombres gays también pueden haber tenido relaciones heterosexuales, debido a las presiones sociales, incluso casarse y/o tener hijos o hijas (ACNUR, 2012).
- Género, ACNUR entiende que “género” se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo. No es estático ni innato, pero adquiere un sentido de base social y cultural a lo largo del tiempo (ACNUR. 2002). Es necesario explicar como se estructura el mundo y los motivos de esta distinción, según Scott (1990) el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y, por otro lado, como una forma primaria de relaciones significativas de poder. Según Butler, el género no está

pasivamente inscrito sobre el cuerpo, y tampoco está determinado por la naturaleza, el lenguaje, lo simbólico o la apabullante historia del patriarcado. El género es lo que uno asume, invariablemente, bajo coacción, a diario e incesantemente, con ansiedad y placer, pero tomar erróneamente este acto continuo por un dato natural o lingüístico es renunciar al poder de ampliar el campo cultural corporal con *performances* subversivas de diversas clases (Butler, 1990). El siguiente cuadro se establece para que se pueda ver en relación con otros términos y así comprender el sentido del 'género'.

Tabla 7: Definición de género

	DESCRIPCIÓN	DENOMINACIÓN
IDENTIDAD DE GÉNERO	Género con el que la persona se identifica. Expresión individual y propia del género. La expresión de género se refiere a los aspectos visibles o explícitos, como la apariencia, la vestimenta, el discurso y el comportamiento de la identidad de género de una persona. Vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogiakarta)	Binarismo: mujer/hombre. Cisgénero, cuando la identidad de género y sexo biológico asignado al nacer son concordantes con la expresión que la persona hace de los mismos.
		Trans cuando esto no ocurre.
GÉNERO EXPRESADO	Forma de expresar el género que cada persona tiene, utiliza o decide tener y utilizar. Se establece en función de los roles y los estereotipos tradicionales establecidos sobre los géneros.	Binarismo: femenino/ masculino.
		Y lo que no encaja en una o en otra andrógina.
SEXO ASIGNADO	El sexo es una categoría clínica, es una construcción social basada en los cromosomas, las hormonas (testosterona y estrógenos) y los caracteres sexuales. Este puede variar y ser modificado.	Binarismo: hembra/macho.
		Las personas que no encajan en esta estructura binaria, intersexuales. En la estructura no binaria encontramos tantos sexos como personas, pues no todas tenemos los mismos niveles.
IDENTIDAD SEXUAL	Es la percepción que una persona tiene sobre su sexo. Y el grado de identificación con el mismo.	En el mundo binario: cishembra/cismacho.
		En el mundo no binario, cada persona puede identificarse de diferentes maneras con el sexo, sin que ninguna quede excluida.

Fuente: Elaboración propia.

- Heteronormatividad, es la ideología que hace que la heterosexualidad parezca coherente, natural y privilegiada. La encontramos cuando se asume que todo el mundo es “naturalmente” heterosexual y que la heterosexualidad es un ideal, superior a otras orientaciones sexuales.

- Heterosexismo, puede definirse como una discriminación en favor de las personas heterosexuales y contra las homosexuales, basado en la asunción de que la heterosexualidad es el único estilo de vida “normal”. “El sistema de sexo-género es un sistema de escritura. El cuerpo es un texto socialmente construido, un archivo orgánico de la historia de la humanidad como historia de la producción-reproducción sexual, en el que ciertos códigos se naturalizan, otros quedan elípticos y otros son sistemáticamente eliminados o tachados. La (hetero)sexualidad, lejos de surgir espontáneamente de cada cuerpo recién nacido, debe reinscribirse o reinstituirse a través de operaciones constantes de repetición y de recitación de los códigos (masculino y femenino) socialmente investidos como naturales, véase Judith Butler” (Butler, 1993 en Preciado, 2011: 18).
- Homosexual, homo- elemento prefijal de origen griego que entra en la formación de nombres y adjetivos con el significado de “el mismo”, “igual”. Y sexo, entendida como categoría clínica. Según la rae homo-sexual es una persona inclinada sexualmente hacia individuos de su mismo sexo, una relación erótica que se produce entre individuos del mismo sexo. La homosexualidad es considerada formalmente una patología en 1949, en la VI edición del *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (más conocido como ICD) elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), dentro de la categoría de “desórdenes mentales”. Tres años más tarde, la American Psychiatric Association (APA) publica su primera edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), en el que también incluye a la homosexualidad. Aparentemente, la homosexualidad se empieza a despatologizar a partir de 1973, año en que la American Psychiatric Association la retira de la segunda edición del catálogo de enfermedades, la OMS retira la homosexualidad de su clasificación de trastornos mentales 19 años más tarde, en 1992, después de conflictos internos y varios años de activismo por la despatologización. Para Jeffrey Weeks (1993: 338), “la decisión no responde a una “fría decisión científica” sino que es producto de la campaña política que se organizó desde el activismo gay y lésbico y sectores progresistas”. Según David Valentine (2007: 54-55), “precisamente en esta campaña se refuerza el discurso del activismo que reclama la normalidad y rechaza cualquier relación con la inversión de género. Este discurso construye la homosexualidad como un asunto privado, que no tiene nada que ver con la inversión de género, que sí que tiene una dimensión pública. De esta forma, se despatologiza la homosexualidad pero se abre la puerta a la patologización de las expresiones no normativas del género. La despatologización de la homosexualidad de 1973 es más que relativa se

incorpora la categoría de “homosexualidad distónica” o “ego-distónica”, de manera que la homosexualidad sigue constituyendo un trastorno mental cuando la persona lo vive de una forma conflictiva. Lo paradójico es que en una sociedad homofóbica, y más en la década de 1970, difícilmente puede vivir de forma no conflictiva la homosexualidad. Y en 1980 se incorpora la categoría de transexualidad”.

- Intersexual o “trastorno del desarrollo sexual” se refiere a una condición en la que se nace con una anatomía reproductiva o sexual y/o patrones de cromosomas que no parecen ajustarse con las típicas nociones biológicas de lo que se considera hombre o mujer. Estas condiciones pueden ser evidentes al nacer, pueden aparecer en la pubertad, o puede que sólo se descubran durante un examen médico. Su orientación sexual puede ser lesbiana, gay, bisexual o heterosexual. Las personas intersexuales pueden ser objeto de persecución en formas que se relacionan con su anatomía atípica. Pueden enfrentarse a la discriminación y el abuso por tener una discapacidad física o condición médica, o por la disconformidad con la apariencia corporal aceptada de una persona femenina o masculina. Algunos niños intersexuales no son inscritos por las autoridades al nacer, lo que puede dar lugar a una serie de riesgos asociados y la negación de sus derechos humanos. En algunos países, el ser intersexual puede ser visto como algo malvado o asociado con la brujería y puede dar lugar a que toda una familia sea objeto de abuso. Al igual que las personas transgénero, corren el riesgo de ser objeto de daños durante la transición a su género elegido (o la estancia en un género no considerado finalista). Las personas que se identifican como intersexuales pueden ser vistas como transgénero, ya que sencillamente puede que no exista un entendimiento sobre la condición intersexual en una determinada cultura (ACNUR, 2012).
- Lesbiana, mujer que es atraída física, romántica y/o emocionalmente de manera perdurable por otras mujeres. Las lesbianas suelen sufrir múltiples formas de discriminación debido a su género, su condición social y/o económico a menudo inferior, además de su orientación sexual. Las lesbianas son sometidas habitualmente a daños por parte de agentes no estatales, incluidos actos como la violación “correctiva”, la violencia de represalia por ex compañeros o esposos, el matrimonio forzado y delitos cometidos por miembros de la familia en nombre del “honor”. Algunas lesbianas solicitantes de la condición de refugiada no han tenido ninguna experiencia de persecución en el pasado, por ejemplo, si han tenido pocas o ninguna relación con otra mujer. Las lesbianas pueden haber tenido relaciones heterosexuales, a menudo, pero no necesariamente, debido a la presión social por casarse y tener descendencia. Puede que sólo hasta más adelante en sus vidas entren en una relación

lesbiana o se identifiquen como tales. Como en todas las solicitudes de la condición del refugio, es importante asegurarse de que la evaluación de su temor de persecución se centra en el futuro y que las decisiones no se basen en nociones estereotipadas (ACNUR, 2012)

- Mujer, “casi todas las feministas dan por supuesto implícitamente que la femineidad biológica es índice y lazo suficiente de lo que la sociedad cree que es: una mujer es quien vive en un cuerpo femenino. Otras personas sitúan lo que las mujeres tienen en común dentro de una realidad compartida de tratamiento común como sexo: una mujer es quien ha sido tratada como tal. Algunos definen a la mujer como quien piensa de sí o se identifica como tal. Casi todos consideran que la situación de la mujer es un hecho descriptivo de la desigualdad entre los sexos: ninguna mujer escapa al significado de ser mujer dentro de un sistema social que define a las mujeres por el sexo, y casi todos los sistemas lo hacen. La diversidad de las mujeres está incluida en esta definición en vez de anularla. Cuando la igualdad y la diferencia han sido suplantadas por un análisis sustantivo de la posición y el interés, la mujer queda definida políticamente: puesto que no hay ninguna mujer que no esté afectada por lo que quiera que sea que crea y destruye a las mujeres como tales, ninguna mujer es ajena a la situación de las mujeres” (Mackinnon, 1995:84-85). “Las pautas de tratamiento que crearían una sensación de incapacidad en cualquiera se descubren conectadas perfectamente con actos de discriminación abierta para privar a las mujeres de herramientas y técnicas, creando por fuerza la situación a la que se supone que están destinadas por su anatomía. Se descubre que la heterosexualidad, supuestamente natural, se impone a las mujeres minuto a minuto. Las cualidades que se dicen naturales y eternamente femeninas —el cuidado, la intuición, la fragilidad, la habilidad manual, la orientación hacia los niños— o las características de un subgrupo concreto de mujeres —por ejemplo, el supuesto talento de las mujeres casadas para las tareas arduas, repetitivas y sencillas, o el supuesto interés de las mujeres negras por el sexo— parecen simplemente descripciones de las características deseadas y exigidas a las representantes concretas de los roles de la mujer” (Mackinnon, 1995: 65-166).
- Orientación sexual, “esta cultura mira al sexo siempre con sospechas. Juzga siempre toda práctica sexual en términos de su peor expresión posible. El sexo es culpable mientras que no demuestre su inocencia. Prácticamente toda conducta erótica se considera mala a menos que exista una razón específica que la salve. Las excusas más aceptables son el matrimonio, la reproducción y el amor. En ocasiones pueden servir la curiosidad científica, la experiencia estética o una relación íntima prolongada, pero el ejercicio de la capacidad erótica,

inteligencia, curiosidad o creatividad erótica requieren todas pretextos que son innecesarios para otros placeres tales como el disfrute de la comida, la ficción o la astronomía” (Rubin, 1989:17).

Tabla 8: Definición de orientación sexual

	DESCRIPCIÓN	DENOMINACIÓN
ORIENTACIÓN SEXUAL	La capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente del suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta) Esto puede variar o no. Patrón social de atracción sexual, erótica, emocional o afectiva hacia un grupo de personas que son identificadas o se identifican con un sexo o género determinado. También cabe que la persona no se sienta atraída por ninguna otra o por sí misma.	En el mundo binario encontramos heterosexuales/homosexuales.
		En el mundo no binario encontramos, por poner un ejemplo, asexuales, demisexuales, androsexuales, pansexuales, bisexuales, polisexuales.
IDENTIFICACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL	La persona puede sentirse identificada con su orientación sexual o no, y esta puede estar basada en estereotipos. Modificar la misma, o identificarse con otra, son posibilidades que se deben tener en cuenta, por ejemplo, podemos pensar en las personas transexuales a lo largo de su transición.	La persona puede sentirse y actuar puntualmente o de forma continuada o variar en su identidad y fluir en su atracción.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar, este cuadro busca aclarar siguiendo la estructura utilizada para el género y partiendo de que estos elementos no son cerrados e inmutables, la preferencia u orientación puede ser a una varias o ninguna identidad. La discriminación que sufren las personas por su orientación sexual se manifiesta como la distinción, exclusión, restricción, o preferencia no justificada que tiene por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de sus derechos y libertades. La discriminación que sufren las personas LGB está profundamente enraizada y alimentada por prejuicios, estereotipos sociales y culturales y por información distorsionada o imprecisa, aunado a la existencia de doctrinas de la sociología, la medicina, el derecho y la política que han originado o justificado dicha discriminación.

En muchos casos la violencia y los actos discriminatorios son tan graves que terminan forzando su desplazamiento a otros países como única opción para proteger sus derechos, en particular el derecho a formular y seguir su proyecto de vida de acuerdo a su identidad y orientación sin miedo. Desafortunadamente, las personas LGB no siempre logran la protección internacional bajo la figura del asilo u otras formas de protección internacional. Muchas veces los sistemas de asilo no garantizan la capacitación ni la imparcialidad de los

funcionarios, quienes operan bajo prejuicios de género, ni son sensibles a las particularidades y necesidades de la población LGB.

- Patriarcado, se entiende, según lo establecido por la RAE¹⁴⁴ la dignidad del patriarca, territorio de la jurisdicción de un patriarca, tiempo que dura la dignidad de un patriarca, gobierno o autoridad del patriarca. La organización social primitiva en que la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje. Y por último, el período de tiempo en que predomina el patriarcado.
- Sexo, “el sexo, como órgano y práctica, no es ni un lugar biológico preciso ni una pulsión natural. El sexo es una tecnología de dominación heterosocial que reduce el cuerpo a zonas erógenas en función de una distribución asimétrica del poder entre los géneros (femenino/masculino), haciendo coincidir ciertos afectos con determinados órganos, ciertas sensaciones con determinadas reacciones anatómicas. La naturaleza humana es un efecto de tecnología social que reproduce en los cuerpos, los espacios y los discursos la ecuación naturaleza = heterosexualidad. El sistema heterosexual es un aparato social de producción de feminidad y masculinidad que opera por división y fragmentación del cuerpo: recorta órganos y genera zonas de alta intensidad sensitiva y motriz (visual, táctil, olfativa...) que después identifica como centros naturales y anatómicos de la diferencia sexual” (Preciado, 2011:17).
- Sexo asignado, Preciado nos explica que en la sociedad heteropatriarcal, donde se determina la identidad de género atendiendo a la “mesa de asignación” de la masculinidad y la feminidad, donde “se designan los órganos sexuales como zonas generativas de la totalidad del cuerpo, siendo los órganos no sexuales meras zonas periféricas. Es decir, a partir de un órgano sexual preciso del «humano» nos permite reconstruir la totalidad del cuerpo. Sólo como sexuado el cuerpo tiene sentido, un cuerpo sin sexo es monstruoso. Según esta lógica, a partir de un órgano periférico (la nariz, la lengua, o los dedos, por ejemplo) es imposible reconstruir la totalidad del cuerpo como sexuado. Así pues, los órganos sexuales no son solamente «órganos reproductores», en el sentido de que permiten la reproducción sexual de la especie, sino que son también, y sobre todo, «órganos productores» de la coherencia del cuerpo como propiamente «humano»” (Preciado, 2011: 120).
- Sexismo, “sistema de subordinación, una jerarquía en donde los varones biológicos están en

¹⁴⁴ Real Academia Española. Asociación de Academias de la Lengua Española.

la parte más alta y las mujeres en la parte más baja (Mackinnon, 1984 en Miguel, 2014)

- Transgénero, persona que se encuentra en, o desea mostrar una, identidad de género diferente de la asignada al nacer. También lo son las personas que presentan una imagen diferente a la que se espera del rol de género que se les asignó, ya sea a través de ropa, complementos, cosméticos o una modificación anatómica. Se enfrentan a transfobia y discriminación a causa de su identidad y expresión de género y no necesariamente por su orientación sexual. Estas personas se ven especialmente afectadas por los delitos motivados por prejuicios y por la incitación al odio. La discriminación en los ámbitos de la salud y el empleo es la más pronunciada. A lo que añade el ACNUR que además, puede que no aparezcan o actúen de esta manera en todo momento. Al no ajustarse dentro de las percepciones binarias aceptadas de lo que es “ser” hombre o mujer, pueden ser percibidas como una amenaza para las normas y los valores sociales. Esta no conformidad expone a las personas al riesgo de daños. Son a menudo altamente marginadas y sus solicitudes pueden revelar experiencias de grave violencia física, psicológica y/o sexual. Cuando su autoidentificación y apariencia física no corresponden con el sexo establecido legalmente en su documentación oficial y documentos de identidad, corren un riesgo mayor. La transición a alterar el sexo de nacimiento no es un proceso de un solo paso y puede implicar toda una serie de ajustes personales, legales y médicos. No todas las personas transgénero eligen el tratamiento médico u otras medidas para que coincida su apariencia exterior con su identidad interior. Por lo tanto, es importante que las personas encargadas de la toma de decisiones eviten un exceso de énfasis en la cirugía de reasignación de sexo (ACNUR, 2012).
- Transexual, en 1980 el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-III) incorpora la categoría de transexualidad. En 1994 se sustituye la categoría de 'transexualidad' por la de 'trastorno de la identidad de género', con la 'disforia de género' como síntoma, que supone una cierta ampliación de los sujetos incluidos, ya que no es necesario querer transformarse el cuerpo para ser diagnosticable. Gerard Coll- Planas establece que “las categorías médicas tienen una influencia fundamental tanto en el establecimiento de la transexualidad como patología en el imaginario social como en el mismo derecho. Por ejemplo, en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas establece que para efectuar el cambio de mención de sexo en el Registro Civil es necesario haber obtenido el “diagnóstico de disforia de género” y haber recibido un tratamiento, durante al menos dos

años, “para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado” (art. 4). Este cambio legislativo supone dos modificaciones respecto a la situación anterior: la rectificación registral se puede efectuar mediante un trámite administrativo en vez de judicial y ya no es necesario haberse sometido a la operación de reasignación sexual” (Coll-Planas, 2009: 122-123). El informe médico que certifica la presencia del trastorno no sólo es necesario para la rectificación de la mención de sexo en el Registro Civil, sino también para poder recibir el tratamiento hormonal de forma controlada por un endocrino y para someterse a la reasignación sexual. La duración del seguimiento, el tiempo necesario hasta recibir el diagnóstico y, de hecho, la misma posibilidad de recibirlo, dependen del criterio de los psicólogos y psiquiatras. Atendiendo al supuesto específico de cambio de nombre y sexo en el Registro Civil. Se establece que si eres mayor de edad y tienes nacionalidad española puedes pedir el cambio de nombre y de sexo. Tienes que solicitarlo en tu Junta Municipal de Distrito, donde estás empadronada. Se puedes pedir el traslado total del folio registral, es una nueva partida de nacimiento donde aparecerá tu nombre y sexo ya corregidos. Junto con esta solicitud, deberás acompañar el informe de disforia de género que te haya sido dado por el médico o el psicólogo y un informe del médico en el que diga que tú has sido tratado/a médicamente durante al menos dos años, para acomodar tu cuerpo a las características físicas que realmente deseas alcanzar; teniendo en cuenta que no es necesario que pases por la operación de reasignación de sexo para que puedas cambiar tu nombre y sexo. Una vez que te hayan concedido el cambio de nombre y sexo en el Registro Civil, tienes que ir a la Comisaría de Policía con la nueva partida donde aparezcan tus datos ya cambiados y pedir que te renueven el DNI, para así cambiar en este documento el nombre y sexo y una vez que tengas los datos cambiados en el DNI tendrás que cambiar todos los documentos restantes. Tanto el padrón, como los informes y seguimiento médico de 2 años son básicamente imposibles o muy difíciles de conseguir para una persona que solicita o ya ha solicitado protección internacional.

ANEXO II: COMPENDIO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Compendio legislativo

Internacional

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. 17 de noviembre de 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/63/635. De 22 de diciembre de 2008.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF. 157/23, de 12 de junio de 1993.
- Consejo de Derechos Humanos. Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. 17º Período de sesiones. Tema 8 de la Agenda. Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. A/HRC/RES/17/19. De 14 de julio de 2011.
- Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Ababa, 10 de septiembre de 1969) Entrada en vigor: el 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2. Texto: Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Asamblea General, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General. Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Asamblea General. Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1984.

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 45/158. de 18 de diciembre de 1990.
- Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África. Convención de Kampala.
- 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. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p.137.
- Comité Contra la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observación General N°19: Violencia contra las mujeres. U.N. Doc. A/47/38. 1993.
- Observación General N°28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 2010.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios” celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966.
- Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo de 2007.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII. Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267.

Unión Europea

- Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen – artículos 28 a 38-. Instrumento de ratificación de España de 23 de julio de 1993 (BOE número 81, de 5 de abril de 1994).
- Acuerdo Europeo nº 31 sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de Ratificación de España de 2 de junio de 1982 (BOE número 174, de 22 de julio de 1982).
- Consejo de la Unión Europea. Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people. Reunión del Consejo de Asuntos Exteriores. Luxemburgo. 24 de junio de 2013.
- Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. Instrumento de Ratificación de España de 27 de marzo de 1995 (BOE número 183, de 1 de agosto de 1997)
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2003/86/CE Del Consejo. De 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Directiva 2003/9/CE Del Consejo. De 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.
- 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 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.

- 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.
- Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo. Del Consejo Europeo. 15 y 16 de octubre de 2008. Refrendado a propuesta de Francia.
- Programa de Estocolmo 2010-2014: Consejo de la U.E. Bruselas. Diciembre. 2009.
- Parlamento Europeo. Resolución de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657 (RSP))
 - Resolución de 5 de julio de 2012 sobre los actos de violencia cometidos contra las lesbianas y los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales en África (2012/2701 (RSP))
 - Resolución de 17 de septiembre de 1998 sobre la igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE. N° B4- 0824 0852/98.
 - Resolución de 18 de enero de 2006 sobre la homofobia en Europa OJ C 74 E. Resolución de 15 de junio de 2006 sobre el incremento de violencia racista y homófoba en Europa. OJ C 300 E.
 - Resolución de 8 de febrero de 1994 sobre la Igualdad de Derechos de los Homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea. N° A3 0028/94.
- Reglamento UE n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.
- Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).
- Unión Europea. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 6655/7/08. REV 7.
- Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2000. DOCE. 2000/C 364/01.

Nacional

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31/10/2009.
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.
- Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*BOE núm. 256, de 25 de octubre*).
- Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado.
- Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dubín.
- Reglamento (CE) nº343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Compendio jurisprudencial

Internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón v. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005.
- Chahal v. Reino Unido, nº 22414/93. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de noviembre de 1996.
- Jeffrey Dudgeon c. Reino Unido. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso 7525/76. 1981.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 2014, A. C. y otros c. España (Demanda nº 6528/11).
- Christine Goodwin v. Reino Unido, 2002-VI Corte Europea de Derechos Humanos
- I. v. Reino Unido, Demanda nº 25680/94, Corte Europea de Derechos Humanos. 11 de julio de 2002.
- *I.N.N c. Países Bajos*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recurso nº 2035/04. 20 de diciembre de 2004.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 17 de julio de 2014 en los asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2014. Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13 y *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Secretario de Estado de Seguridad y Justicia) en el que participa ACNUR.
- Sala Cuarta del Tribunal de Justicia, de 7 de noviembre de 2013. En los asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el *Raad van State* (Países Bajos), mediante resolución de 18 de abril de 2012, recibidas en el Tribunal de Justicia el 27 de abril de 2012.
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *F v. Reino Unido*. Recurso número 17341/03 de 22 de junio de 2004.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen C- 267/06. 2008.
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk y Kopf c. Austria*, sentencia de 24 junio 2010

Nacional

Audiencia Nacional

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004. Recurso 276/2007.
- Sentencia 4014/2010 de la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2010 (recurso 158/2010).
- Sentencia 2102/2012 de la Sala de lo Contencioso.

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984.

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (R.C. 5799/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 (R.C. 4178/2002)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2006 (R.C. 8215/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (R.C. 1189/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 (R.C. 2781/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 (R.C. 3155/2006).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2009 (RC 3511/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2009 (R.C. 233/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009 (R.C. 4232/2006)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2011 (RC 3986/2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2011 (R.C. 678/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 (R.C. 5784/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 (R.C. 1789/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011 (R.C. 2575/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (RC 3201/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (RC. 3933/2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (R.C. 3822/2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2012 (R.C. 2476/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2012 (R.C. 2116/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2012. (RJ 2012/8940)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 (R.C. 1711/2012)
- Sentencia del Tribunal Supremo 5211/2015 de 10 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 569/2016 de 19 de febrero de 2016.
- 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.

ANEXO III: PUBLICACIONES DEL ACNUR

PUBLICACIONES DEL ACNUR ordenadas por orden cronológico.

- En 1985 Conclusión sobre Mujeres Refugiadas y Protección Internacional, N°39¹⁴⁵ en la que se instaba a los Estados a que interpretaran la Convención de Ginebra de 1951 de un modo que permitiera a las mujeres que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos por haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, ser reconocidas como refugiadas bajo el motivo de pertenencia a un determinado grupo social;
- Conclusiones N° 54 (1988) sobre seguridad de las mujeres refugiadas;
- Conclusiones N°60 (1989) para facilitar la participación de las mujeres refugiadas;
- Conclusiones N°64 (1990) en la que reconoce que asegurar la igualdad de trato para las mujeres y hombres refugiados puede requerir medidas específicas a favor de las primeras, como aumentar la representación del personal femenino adecuadamente capacitado, asegurar el acceso directo de las mujeres refugiadas a ese personal; proporcionar entrevistadoras mujeres capacitadas en los procedimientos para determinar la condición de refugiado y asegurar el acceso adecuado de las mujeres solicitantes de asilo a esos procedimientos, incluso cuando están acompañadas por miembros masculinos de la familia; dar asesoramiento adecuado a las mujeres refugiadas que son víctimas de abusos; otorgar documentos individuales de identificación o registro a las mujeres refugiadas; otorgar a las mujeres refugiadas acceso eficaz y equitativo a los servicios básicos, incluidos el abastecimiento de alimentos, agua y artículos de socorro, salud y sanidad, educación, formación profesional y trabajo remunerado;
- Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas (1991);
- 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.

¹⁴⁵ Compilation of Conclusions adopted by Executive Committee on International Protection of Refugees 1975-2004 y A thematic Compilation of Executive Committee Conclusions, 6th edition, June 2011.

Ginebra, Publicado por primera vez en castellano en enero de 1988, la última publicación es de diciembre de 1992;

- Conclusiones N°77(1995) en la que resalta la necesidad de aplicar criterios y directrices especiales a las persecuciones dirigidas particularmente contra las mujeres, directrices, fundadas en el principio de que los derechos de las mujeres son derechos humanos, que deben reconocer como refugiadas a las mujeres que reclaman el estatuto de refugiado basándose en el temor fundado a la persecución por razones enumeradas en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 incluida la persecución mediante la violencia sexual y otras persecuciones relacionadas con el sexo.
- La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria. El asilo en el mundo industrializado. Editorial: ICARIA, Barcelona, 2000;
- Sexual Violence: Prevention and Responses to Sexual and Gender-Based Violence in Refugees Situations, Inter-Agency Lessons Learned Conference Proceeding, (2001).
- Directrices sobre protección internacional. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002;
- Directrices sobre la protección internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/02, 7 de mayo 2002;
- Directrices sobre Protección Internacional: La alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (2003);
- Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía Para la Prevención y Respuesta. Editado por la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas, Mayo de 2003;
- La Determinación del Estatuto de Refugiado. ¿Cómo identificar quién es un refugiado?. Módulo autoformativo No.2. Ginebra. Suiza 1 de septiembre 2005;
- Directrices sobre Protección Internacional : La aplicación del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata (2006);

- “Refugiados”. Antonio Guterres. Nº 130. 2006;
- Conclusiones Nº105 sobre estrategias de protección de mujeres y niñas en riesgo, entre otras. 2006;
- “Asilo en Europa. Ahora está en tus manos”. Serie de Folletos informativos realizados por el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE). Di Loreto, julio 2007, A.Rodríguez, julio-octubre 2007. Claudia Janke, Refugee Action UK;
- Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas. Switzerland, Enero 2008;
- 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.
- Guía sobre las solicitudes de asilo relativas a la Mutilación Genital Femenina. Sección de Políticas de Protección y de Asesoramiento Jurídico. División de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. Mayo 2009;
- Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugio que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género. Mesa redonda de expertos organizados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Ginebra, Suiza. 2010;
- Niveles y tendencias del asilo en países industrializados 2009. Sinópsis estadística de las solicitudes de asilo presentadas en Europa y en otros países seleccionados. División de Administración y Apoyo a Programas, 23 de marzo de 2010;
- Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Editado por: Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson. Editorial Icaria. Barcelona, 2010;
- Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado. En Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición. Ginebra, Diciembre de 2011;
- Directrices sobre Protección Internacional Nº9: 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. 23 de octubre 2012;

- La Protección Internacional de las Personas LGBTI. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género. México. Octubre, 2014;

ANEXO IV: RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF: 001-010612 N/REF: R/0031/ 2017 FECHA: 19 de abril de 2017

PRESIDENCIA

Nombre: SILVIA CONCHA HORRILLO

ASUNTO: Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

En respuesta a la Reclamación presentada por SILVIA CONCHA HORRILLO mediante escrito con entrada el 25 de enero de 2017, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los antecedentes y fundamentos jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, el 7 de diciembre de 2016, SILVIA CONCHA HORRILLO solicitó al MINISTERIO DEL INTERIOR, el 23 de diciembre de 2016 y en aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la siguiente información:

Número de personas que han solicitado asilo y refugio, y protección subsidiaria: a) desde el año 2005 al año 2009, con las siguientes variables: Por cada uno de los motivos establecidos hasta entonces (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política).

Por sexo, Por nacionalidad Por resolución (concesión/denegación del asilo o protección subsidiaria) b) del año 2009 al año 2016 con las siguientes variables: Por las nuevas categorías establecidas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual). Por sexo, Por nacionalidad Por resolución (concesión/denegación del asilo o protección subsidiaria)

2. Mediante Resolución de 17 de enero de 2017, la Dirección General de Política

Interior del MINISTERIO DEL INTERIOR indicó al solicitante lo siguiente :

ctbg@consejodetransparencia.es

Se informa que los datos que se pueden consultar en la actualidad aparecen en El Anuario "Asilo en Cifras ". Por años desde 2008 hasta 2015, apartado "Anuarios y estadísticas", link:

<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/extranjeria-y-asilo/asilo-en-cifras>

<http://www.interior.gob.es/es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas> Y, también, en el último anuario estadístico, correspondiente a 2015, en formato pdf. <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>

En el anuario 2008 se encuentran datos de solicitantes de asilo desde el año 2004 a 2008. Puede verlo en el siguiente Link

[http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo+en+cifras+2008+%28 N1 P0+126-09-105-8%29.pdf/1ad5491c-6e4e-41d8-94cd-f6f35c14db42](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo+en+cifras+2008+%28+N1P0+126-09-105-8%29.pdf/1ad5491c-6e4e-41d8-94cd-f6f35c14db42)

En relación a los solicitantes de protección internacional por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual se recuerda que, conforme a lo establecido en el artículo 16.4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria en el que se establece que "Toda la información relativa al procedimiento, incluido el hecho de la presentación de la solicitud, tendrá carácter confidencial", determina que los datos solicitados presentan un carácter confidencial y en consecuencia, no se pueden facilitar.

3. Con fecha de 25 de enero de 2017, tuvo entrada en este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno escrito de reclamación presentado por SILVIA CONCHA HERRILLO al amparo de lo previsto en el artículo 24 de la LTAIBG en el que indicaba lo siguiente:

El 23 de diciembre de 2016 se realizó la solicitud de documentación con número de registro 001-010612. Donde se realizaba la petición del número de personas que han solicitado asilo y refugio y protección subsidiaria por cada uno de los motivos recogidos en la legislación desde el año 2005 hasta la aprobación de la ley de 2009 y desde este año por los motivos anteriormente recogidos y añadiendo los motivos a partir de entonces incorporados, de género y orientación sexual. Hasta el año 2016. Con las siguientes variables, sexo, nacionalidad y resolución obtenida en cada uno de los motivos.

El 19 de enero de 2017 se resuelve a dicha solicitud remitiendo a los datos publicados en

El Anuario “Asilo en Cifras”, apartado “Anuarios y estadísticas”. Donde encontramos unos datos desagregados atendiendo a la nacionalidad y sexo de las personas que solicitan protección internacional, pero no a los motivos de la solicitud o resolución concedida. Seguidamente nos informan que el resto de la documentación solicitada no puede ser facilitada por ser de carácter confidencial. Y en consecuencia, no completando el total de datos que solicito, puesto que las publicaciones a las que se nos remite no están desagregadas atendiendo al motivo de la solicitud y resolución de las mismas.

Y en consecuencia, solicito el número de personas que han solicitado asilo y refugio y protección subsidiaria:

a) desde el año 2005 al año 2009, por cada uno de los motivos establecidos hasta entonces (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política). En cada uno de los motivos, ¿cual era su sexo, su nacionalidad y la resolución que obtuvo su petición?.

b) del año 2009 al año 2015 con las nuevas categorías establecidas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual). En cada uno de los motivos establecidos, ¿cual era su sexo, su nacionalidad y la resolución que obtuvo su petición?

4. El 25 de enero de 2017, este Consejo de Transparencia remitió el expediente a la Unidad de Información de Transparencia del MINISTERIO DEL INTERIOR para alegaciones, las cuales tuvieron entrada el 8 de febrero de 2017. En ellas, además de ratificarse en que la información disponible era accesible en los enlaces ya suministrados, indicaba lo siguiente:

En relación a los solicitantes de protección internacional por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual se indica que, conforme a lo establecido en el artículo 16.4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria "toda la información relativa al procedimiento, incluido el hecho de la presentación de la solicitud, tendrá carácter confidencial". Esto, determina que los datos solicitados posean un carácter confidencial y en consecuencia, no se pueden facilitar".

En tal sentido, es preciso subrayar que "por toda la información relativa al procedimiento" se entiende que cualquier aspecto relativo a la misma no puede ser revelado, lo que afecta a los motivos de las solicitudes o resoluciones concedidas de asilo y de protección subsidiaria.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el

artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.

2. La LTAIBG, en su artículo 12, regula el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como "*los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de /os sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*".

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

3. Atendiendo a los hechos indicados en los antecedentes, debe destacarse que el objeto principal de la presente reclamación es la naturaleza confidencial, a juicio del MINISTERIO DEL INTERIOR y derivado de la previsión incluida en la normativa de aplicación, esto es, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria, de parte de la información solicitada, es decir, la relativa a la relación de solicitantes de asilo o protección subsidiaria por cada uno de los motivos amparados por la norma.

En primer lugar, debe señalarse que, de entre todas las variables solicitadas, las relativas al país de origen y sexo, tal y como se ha comprobado de los enlaces suministrados y así ha sido reconocido por el interesado, se ha suministrado en respuesta a la solicitud. Así, en efecto, este Consejo de Transparencia ha comprobado, teniendo como referencia el último anuario estadístico, que se proporciona, por un lado, la cifra de solicitantes por país de origen y sexo y, por otro, y también en atención al país de origen y sexo, las solicitudes firmadas reconociendo el estatuto de asilo, de protección subsidiaria o desfavorables.

Sólo quedaría identificar, teniendo en cuenta esas variables, el número que se correspondería a cada una de las causas por las que está reconocida el derecho a ser beneficiario de protección internacional. Es esta la información que entiende el MINISTERIO DEL INTERIOR que es confidencial de acuerdo con lo establecido en la Ley 12/2009 antes indicada.

4. El artículo 16 de la Ley 12/2009 prevé en su apartado 4, efectivamente y como indica el

MINISTERIO DEL INTERIOR, que *toda información relativa al procedimiento, incluido el hecho de la presentación de la solicitud, tendrá carácter confidencial*. Debe tenerse en cuenta en este aspecto que dicho artículo regula el derecho a solicitar protección internacional, dentro del Título relativo a las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional y en el mismo se indica, en sus apartados previos, lo siguiente:

1. Las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España.
2. Para su ejercicio, los solicitantes de protección internacional tendrán derecho a asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, y que se prestará en los términos previstos en la legislación española en esta materia, así como derecho a intérprete en los términos del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000. La asistencia jurídica referida en el párrafo anterior será preceptiva cuando las solicitudes se formalicen de acuerdo al procedimiento señalado en el artículo 21 de la presente Ley.
3. La presentación de la solicitud conllevará la valoración de las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de refugiado, así como de la concesión de la protección subsidiaria. De este extremo se informará en debida forma al solicitante.

Atendiendo al marco en el que se establece la confidencialidad relativa al procedimiento de solicitud de protección internacional y, sobre todo, a que va dirigido a identificar a los titulares del derecho y a las condiciones en las que el mismo puede ser ejercido, parece claro a nuestro juicio que la confidencialidad establecida en el apartado 4 del artículo 16 antes reproducido tiene como objetivo impedir la identificación por la que un concreto interesado solicita protección internacional.

Es decir, lo que se pretende es salvaguardar los motivos que llevan a determinada persona a ejercitar el derecho que le es reconocido por cuanto su conocimiento implicaría, en último término, desvelar información que forma parte de su ámbito estrictamente privado. Y ello debido a que los motivos para solicitar protección internacional son la raza, la religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política, género y orientación sexual y a que parte de ellos son calificados como datos especialmente protegidos de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de datos de carácter personal.

Así, de los términos del precepto y del encuadre del mismo en el texto legal puede concluirse que es confidencial toda información relativa a un **determinado** procedimiento en el que

el interesado en el mismo esté identificado de tal manera que, si no se estableciera dicha confidencialidad, pudieran ser conocidos los motivos de la petición.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, debe recordarse que la solicitud en ningún caso pide la identificación de solicitantes, de tal manera que pudieran conocerse los motivos para solicitar la protección internacional, contraviniendo así la confidencialidad de esta información establecida por la Ley, sino que lo que se solicitan son datos estadísticos. Es decir, cuántos solicitantes de protección internacional hubo por cada uno de los años referenciados en la solicitud, por cada uno de los motivos legalmente previstos y atendiendo a su país de origen y género. Esta cifra, a nuestro juicio, no atenta contra la confidencialidad del procedimiento prevista en la norma antes señalada.

Por otro lado, debe destacarse que el MINISTERIO no alega que la información no esté disponible o que la misma no lo esté según los parámetros solicitados, sino que no puede proporcionarse al entenderse como confidencial, circunstancia que, a nuestro juicio y por lo alegado previamente, no puede entenderse que se de en los términos en que la información fue solicitada.

6. En definitiva, por todos los argumentos anteriormente expuestos, debe estimarse la presente reclamación y, por lo tanto, reconocer el derecho del solicitante a acceder a la información requerida, es decir, respecto de los años 2005 a 2016 lo solicitantes de protección internacional por país de origen, sexo, motivo de la solicitud (según la normativa vigente) y sentido de la resolución.

III. RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede

PRIMERO: ESTIMAR la Reclamación presentada por SILVIA CONCHA HORRILLO, con entrada el 25 de enero de 2017 frente a la Resolución de 17 de enero de 2017 del MINISTERIO DEL INTERIOR.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DEL INTERIOR a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, facilite a SILVIA CONCHA HORRILLO la información referida en el Fundamento Jurídico 6 de la presente Resolución.

TERCERO: INSTAR al MINISTERIO DEL INTERIOR a que, en el mismo plazo máximo de 10 días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia copia de la información enviada al Reclamante.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso Contencioso-Administrativo, en el plazo de dos meses, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez

ANEXO V: PROCEDIMIENTO Y DEFINICIÓN DE ASILO

	INTERPRETACIÓN ESTRICTA	INTERPRETACIÓN AMPLIA
PLAZO DE PRESENTACIÓN	1 mes desde la entrada en territorio español Nada más llegar a un puesto fronterizo.	3 meses desde la entrada en territorio o la posibilidad en embajadas y delegaciones consulares.
LUGAR DE PRESENTACIÓN	OAR, Oficinas de extranjería, CIE's y Comisarías o en los puestos fronterizos de entrada al territorio español	Sitio específico y no hostil. Una Oficina y delegaciones territoriales para solicitud de Protección Internacional especializada, con personal formado. La formación también incluirá temas de género y orientación sexual.
ADMISIÓN A TRÁMITE	La resolución de admisión indicará si el procedimiento se tramitará por los trámites ordinarios o por los trámites de urgencia. La decisión de admisión o inadmisión debe tomarse en el plazo de un mes en territorio y 4 días en frontera. Se autorizará la permanencia o la entrada y permanencia según corresponda en el territorio español y se continuará con la tramitación del procedimiento, que pasará a la fase de instrucción.	No aplicar en ningún caso el trámite de urgencia, por suponer unos plazos tan cortos que es imposible conocer del supuesto. La decisión de admisión o inadmisión se tomará en el plazo de un mes, en todo caso. En ningún caso internamiento en CIE's.
INSTRUCCIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE	INSTRUCCIÓN. Incorporación al expediente de todas las diligencias practicadas; elevación del expediente a la CIAR para que, después de estudiarlo, eleve propuesta de resolución al Ministerio del Interior, y firma de dicha resolución por el Ministerio concediendo o denegando el Derecho de asilo y la condición de refugiada o protección subsidiaria. Denegación: artículo 9 de la ley de asilo. INADMISIÓN: Las causas se establecen en el artículo 20 en territorio y 21.2 cuando son denegadas en frontera. Conllevará, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio, salvo que, de acuerdo con la legislación de extranjería, la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en el Estado español en situación de estancia o residencia, o que se autorice su estancia o residencia por razones humanitarias.	Las personas que realicen la instrucción tendrán una formación específica en temas de género y orientación sexual, entre otros. Se tendrán en cuenta los principios del humanitarismo y nunca se vulnerará el principio de no devolución. Se eliminarán los listados de terceros países seguros.
RECURSOS CONTRA LA INADMISIÓN	TERRITORIO. Recurso Contencioso Administrativo ante los Juzgados Centrales. FRONTERA. Reexamen en el plazo de dos días. Si la resolución que resuelve el reexamen es desfavorable cabe recurso potestativo de reposición y recurso contencioso administrativo ante los Juzgados Centrales.	Los plazos serán más amplios y suficientes para la presentación y el estudio de los recursos.

		INTERPRETACIÓN ESTRICTA	INTERPRETACIÓN AMPLIA
ASPECTOS DE LA DEFINICIÓN	PERSECUCIÓN	Como norma general persecuciones producidas en el ámbito público por agentes estatales.	Los distintos tipos de violencia contra las mujeres son persecución, aunque estas se produzcan en el ámbito privado. Los distintos tipos de violencia contra las mujeres son violaciones de derechos humanos.
	AUSENCIA DE PROTECCIÓN ESTATAL	Teoría de la responsabilidad: exige que la persecución sea en última instancia atribuible al Estado.	El Estado es responsable cuando persigue, no protege, no quiere proteger o no puede hacerlo.
	AGENTE DE PERSECUCIÓN	Agentes de persecución estatales y no estatales.	Agentes de persecución estatales, no estatales e individuales. Enfoque bifurcado del ACNUR: Cuando exista un riesgo de ser perseguida o perseguido por agentes no estatales por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención. Cuando el riesgo de ser perseguida o perseguido por un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención (y el de género y orientación sexual) el nexo causal también se establece.
	ALTERNATIVA DE HUIDA INTERNA	Se analizará cuando la persecución se produzca por agentes no estatales.	No se aplicará.
	NEXO CAUSAL		Aplicación del enfoque bifurcado del ACNUR: Cuando la persecución se produzca por alguno de los motivos de la Convención (más género y orientación sexual) o el Estado no proteja atendiendo a alguno de los motivos de la Convención (más género y orientación sexual).

Y para terminar esta investigación, en el siguiente cuadro podemos observar la interpretación estricta y la interpretación amplia de los motivos de persecución establecidos en la Convención de Ginebra de 1951.

		INTERPRETACIÓN ESTRICTA	INTERPRETACIÓN AMPLIA
MOTIVOS DE PERSECUCIÓN	RAZA	Distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965).	Se hablará de etnia, no de raza.
	RELIGIÓN	La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos proclaman el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de cambiar de religión y la libertad de manifestar su religión, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (ACNUR. 1992).	Profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por esta.
	NACIONALIDAD	No debe entenderse sólo como “ciudadanía”, designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. Puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución (ACNUR. 1992).	No se limitará a poseer o no la ciudadanía, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado.
	OPINIÓN POLÍTICA	El hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no justifica la reclamación de la condición de refugiado y se debe mostrar que abriga temores de ser perseguido por sostener tales opiniones. Esto presupone que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos y que las autoridades tengan noticias de esas opiniones o que se las atribuyan a la persona que solicita (ACNUR. 1992).	Reconocimiento del carácter político de actividades llevadas a cabo en la esfera privada (Miguel, 2014). Reconocimiento de la imputación de opinión política en relación con las mujeres. Reconocer como opinión política la opinión que se tenga sobre el tratamiento y estatus de las mujeres. Reconocer como opinión política el hecho de ser feminista (Miguel, 2014: 430).
	PERTENENCIA A DETERMINADO GRUPO SOCIAL	Personas de antecedentes, costumbre o condición social similares. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad. La pertenencia a ese determinado grupo social puede ser la causa fundamental de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental (ACNUR. 1992).	El grupo social se define en función de las características fundamentales para la identidad, sean estas propias o asignadas, que se aplicará de manera subsidiaria. No se atenderá a las características innatas e inmutables. Los grupos sociales no tienen por qué estar cohesionados, ni tener relación de asociación voluntaria entre las personas que forman parte de él.

Fuente: ACNUR, CEAR y Carmen Miguel Juan. Tesis Doctoral (2014: 428-429).