



LA ACOGIDA DE LOS REFUGIADOS LGBTIQ+ EN EUROPA

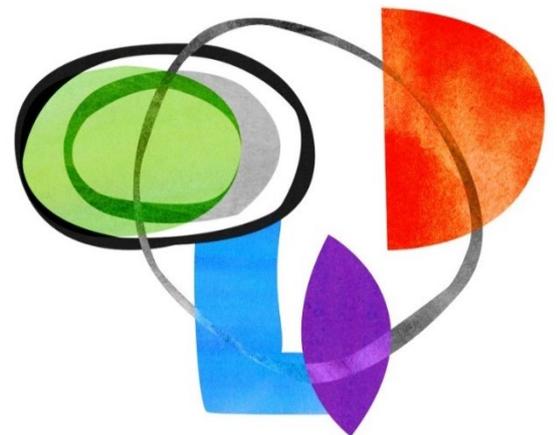




En todo el mundo, muchas personas se enfrentan a persecución a causa de su orientación sexual, identidad o expresión de género (SOGI)

Abandonar su país de origen se convierte en su único medio de supervivencia. Huir de la persecución, por tanto, para encontrar refugio en un país de acogida en el que se añaden "nuevas etiquetas" a las de las comunidades LGBTQI+ que reúnen a personas cuya SOGI es diferente de la norma heterosexual y cisgénero): refugiado, extranjero o migrante.

¡Para mejorar la acogida de estas personas que se enfrentan a la discriminación interseccional, POUR LA SOLIDARITÉ-PLS (Bélgica), Le Refuge Bruxelles/Het Opvanghuis Brussel (Bélgica), ACATHI (España), Le Refuge (Francia) y Croce Rossa Italiana (Italia) han creado el proyecto Rainbow Welcome!



El contenido de esta publicación representa únicamente la opinión del autor y es de su exclusiva responsabilidad. La Comisión Europea no acepta ninguna responsabilidad por el uso que pueda hacerse de la información que contiene.

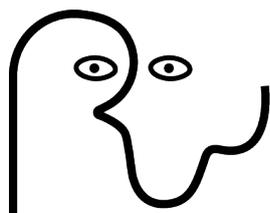
Coordinado por:



Con los socios europeos:

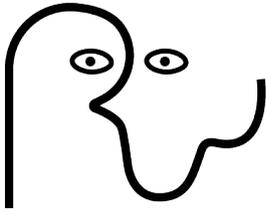


Cofinanciado por el Programa Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea (2014-2020)



CONTENIDO

EL PROYECTO RAINBOW WELCOME!	4
SIGLAS	5
INTRODUCCIÓN	7
MARCOS Y PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS RELATIVOS A LAS SOLICITUDES DE ASILO BASADAS EN LA SOGI.....	8
1. Marco Regulator Internacional	8
2. El Marco Regulator Europeo	19
EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE SOGI.....	32
EN LOS MARCOS REGULADORES NACIONALES.....	32
BÉLGICA.....	32
FRANCIA.....	39
ITALIA.....	46
ESPAÑA.....	51
CUESTIONES CRÍTICAS DE LA NORMATIVA	57
1. La falta de reconocimiento explícito	57
2. La "prueba de orientación sexual e identidad de género" durante las entrevistas	60
3. ¿Son realmente "países seguros"?	62
4. Limitaciones de tiempo y de derechos.....	63
5. Problemas de alojamiento	64
CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES.....	65
References.....	69



EL PROYECTO RAINBOW WELCOME!

Rainbow Welcome! (también llamado "RainboW!") es un proyecto europeo implementado para conocer y mejorar la acogida de los refugiados LGBTIQ+ en Europa. Estas personas pueden ser especialmente vulnerables al encontrarse en la intersección de varios factores de discriminación: pertenecer al espectro LGBTIQ+ o pertenecer a una minoría nacional o religiosa, por ejemplo.

Cofinanciado por el Programa Europeo de Derecho, Igualdad y Ciudadanía (2014-2020), este proyecto tiene como objetivo:

1. Identificar los marcos reguladores y los procedimientos aplicables a los refugiados LGBTIQ+;
2. Identificar los puntos fuertes y débiles en su acogida;
3. Equipar a los albergues y asociaciones LGBTIQ+ así como a los centros de acogida de refugiados sobre cómo acoger, orientar y responder a las necesidades de los refugiados LGBTIQ+;
4. Concienciar sobre la situación de los refugiados LGBTIQ+ mediante fotografías y videos a gran escala;
5. Defender los derechos y las necesidades de los refugiados LGBTIQ+ ante la UE.

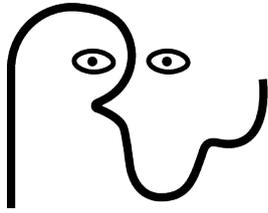
Este estudio es el resultado del trabajo realizado por los cinco socios del proyecto, de cuatro países europeos -*Pour la Solidarité-PLS* y *Le Refuge Bruxelles-Het Opvarhuis Brussel* (Bélgica), *ACATHI* (España), *Fondation Le Refuge* (Francia) y *Associazione della Croce Rosa Italiana* (Italia) - para lograr el primer paso mencionado anteriormente. Es un requisito previo para comprender mejor cómo se recibe a los refugiados LGBTIQ+ en estos países y forma parte de un análisis más amplio de sus necesidades y de las prácticas existentes al respecto. Está dirigido a cualquier persona que esté dispuesta a mejorar sus conocimientos sobre los marcos reguladores y los procedimientos aplicables a los solicitantes por motivos de SOGI en la UE y, más especialmente, en Bélgica, Francia, Italia y España.

¿Por qué emprendemos este proyecto?

Debido a que la LGBTIQ+ fobia -intolerancia hacia las personas con SOGI (orientación sexual, identidad y expresión de género) diferente a la norma- sigue existiendo, causando violencia tanto física como psicológica; las personas LGBTIQ+ se enfrentan a la discriminación y el aislamiento. Cuando estos actos de violencia pueden implicar (a veces legalmente) la exclusión social, el encarcelamiento o la muerte en países de todo el mundo, las personas LGBTIQ+ pueden verse obligadas a abandonar su país de origen y pedir asilo en otro lugar, donde creen que la vida podría ser mejor para ellos. Una condición que a menudo implica otras discriminaciones y prejuicios.

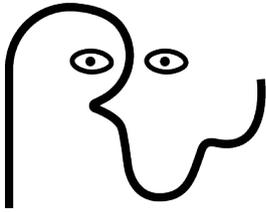
RainboW! es un proyecto arraigado en la realidad actual: es esencial comprender los fenómenos de interseccionalidad que conducen a una mayor vulnerabilidad de algunas personas. RainboW! es la ambición de trabajar juntos para construir una sociedad más acogedora e inclusiva.



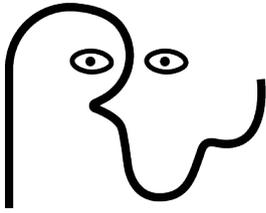


SIGLAS

CADA	Centro de Acogida para Solicitantes de Asilo
CCE	Consejo de Litigios de Derecho de Extranjería
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
CESEDA	Código del Reglamento de Entrada y Residencia, y del Derecho de Asilo
CETI	Centros de Estancia Temporal
CGRA	Comisionado General de los Refugiados y Apátridas
CIAR	Comisión Interministerial de Asilo
CNDA	Tribunal Nacional de Asilo
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
CE	Comisión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950
ERF	Fondo Europeo para los Refugiados
UE	Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
EURODAC	Dactiloscopia Europea
FEDASIL	Agencia Federal de Acogida de Solicitantes de Asilo
FRONTEX	Agencia Europea de Fronteras y Costas
GUDA	Ventanilla Única para los Solicitantes de Asilo
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
LGBTIQ+	Lesbiana, Gay, Bisexual, Transexual, Intersexual, Queer +
OAR	Oficina de Asilo y Refugio
OE	Oficina de Extranjería
OFII	Oficina Francesa de Inmigración e Integración
OFPRA	Oficina de Protección de los Refugiados y Apátridas
PADA	Primera Plataforma de Acogida de Solicitantes de Asilo
SIPROIMI	Sistema de Protección para Beneficiarios de Protección Internacional y Menores no Acompañados



SOGI	Orientación Sexual e Identidad de Género
SPF Justice	Servicio de Tutela - Servicio Público Federal de Justicia Belga
SPRAR	Sistema de Protección de los Refugiados y Solicitantes de Asilo
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TUI	Ley Consolidada de Inmigración
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ACNUDH /UNHRC	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas



INTRODUCCIÓN

La vulnerabilidad adopta diversas formas y a menudo es interseccional. La migración como consecuencia de la violencia es una expresión de esa vulnerabilidad, creando, a su vez, otras en el país de acogida. La solicitud de protección internacional a través del asilo es una de las formas de proteger y garantizar los derechos de las personas, cuando están siendo perseguidas o sus derechos se ven afectados. Con el paso de los años, el asilo se ha convertido en una figura de protección internacional más recurrente. El asilo por motivos de SOGI ha sido progresivamente reconocido formalmente en las normas internacionales, europeas y nacionales, aunque todavía existen lagunas y problemas.

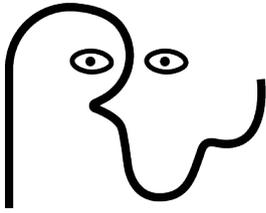
El objetivo principal de este estudio es mostrar una **visión general de los actuales marcos reguladores y de los procedimientos vinculados a las solicitudes por motivos de SOGI (es decir: solicitudes de asilo basadas en persecuciones o riesgos de persecución a una persona debido a su orientación sexual o identidad de género)** a nivel internacional, europeo y nacional en cuatro Estados miembros de la UE (Bélgica, Francia, Italia y España), identificando las normas relevantes y las características básicas de los procedimientos aplicables. También aborda algunas críticas a la normativa existente.

El estudio se ha elaborado a partir de varias fuentes: i) la información recogida en cada país-socio, ii) informes oficiales, boletines y bases de datos de tratados jurídicos, iii) informes y sitios web de organizaciones internacionales dedicadas a la cuestión LGBTIQ+, y iv) resultados de investigaciones académicas sobre el tema.

En este documento utilizamos el concepto de “Orientación Sexual e Identidad de Género” (en adelante “SOGI”) inspirado en 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. Asimismo, utilizamos el acrónimo “refugiado LGBTIQ+” para identificar a las lesbianas, gays, bisexuales, personas no conformes con el género (trans), intersexuales y queer, y cualquier otra forma de experiencia sexual o identitaria que difiera de la norma hetero-cisgénero, que se encuentren fuera de su país de origen para protegerse de la persecución -o del riesgo de la misma- por dicha orientación o identidad de género.

Utilizamos el término “refugiado” para insistir en el hecho de que, antes de ser un estatuto jurídico en virtud del cual las personas pueden beneficiarse de la protección internacional (por ejemplo, la protección concedida por un Estado distinto del de origen de la persona para garantizar el respeto de sus derechos fundamentales), el término “refugiado” designa una realidad reconocida por los Estados, y no un privilegio que conceden arbitrariamente.

Las definiciones de los principales conceptos a los que se refiere este estudio también pueden encontrarse en nuestro [glosario en línea](#).



MARCOS Y PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS RELATIVOS A LAS SOLICITUDES DE ASILO BASADAS EN LA SOGI¹

1. MARCO REGULADOR INTERNACIONAL

a) ¿Cuáles son los tratados internacionales relevantes?

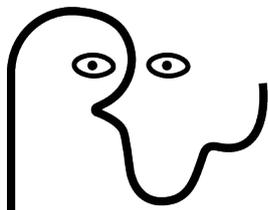
En el ámbito internacional, hay dos tratados clave que regulan el asilo:

- La **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951**, y en vigor desde 1954 (en adelante, “la Convención sobre los Refugiados de 1951”), que define el término refugiado, enumera los derechos de los refugiados y establece la obligación legal de los Estados de protegerlos, así como el principio de no devolución.
- El **Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967** (en adelante “el Protocolo de 1967”), que amplía sus ámbitos temporal y geográfico.

Estos dos tratados internacionales proporcionan “un código universal para el tratamiento de los refugiados desarraigados de sus países como resultado de la persecución, incluidas las violaciones graves de los derechos humanos u otras formas de daño grave, así como en el contexto de la violencia o los conflictos armados.” (ACNUR, 2019, p. 9).

Dichos tratados se han desarrollado en el **Manual 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 de 1979** (versión original). Ni los principales tratados internacionales ni la versión original del Manual mencionan el asilo por motivos de SOGI. Sin embargo, la versión actualizada del **Manual de 1992** incluye la persecución por motivos de la orientación sexual.

¹ Esta sección contiene un análisis de los marcos normativos internacional y europeo relativos al reconocimiento del derecho de asilo basado en la SOGI. Se consideran los tratados legales vigentes, así como las características institucionales en ambos niveles. Estas normativas deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar la normativa interna y los procedimientos de aplicación, con el fin de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos de los refugiados que solicitan asilo y protección internacional por motivos de SOGI.



Además, en 2008, el ACNUR -Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados²- publicó una Nota de Orientación sobre los casos basados en la SOGI, que fue sustituida por la Directriz no 9 de 2012 dedicada específicamente a la SOGI. Estas Directrices n.o 9 proporcionan orientación autorizada sobre el fondo y el procedimiento *"con el fin de garantizar una interpretación adecuada y armonizada de la definición de refugiado"* (Directrices del ACNUR sobre SOGI, párrafo 4) en la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951, y *"tienen por objeto proporcionar orientación jurídica interpretativa a los gobiernos, los profesionales del derecho, los responsables de la toma de decisiones y el poder judicial, así como al personal del ACNUR que lleva a cabo la determinación de la condición de refugiado en virtud de su mandato"* (Directrices del ACNUR sobre SOGI, portada).

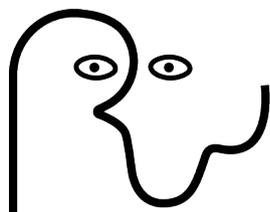
Cuadro no 1
DIRECTRICES RELACIONADAS CON EL ASILO POR MOTIVOS DE SOGI

Directrices sobre Protección Internacional no 1	Persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (7 de mayo de 2002).
Directrices sobre Protección Internacional no 2	"Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (7 de mayo de 2002).
Directrices sobre Protección Internacional no 6	Solicitudes de refugio por motivos religiosos en virtud del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (28 de abril de 2004).
Directrices sobre Protección Internacional no 9	Solicitudes de la condición de refugiado por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (23 de octubre de 2012).

Fuente: elaboración propia

Además, la Asamblea de la ONU aprobó un conjunto de tratados internacionales que regulan la condición de refugiado, el asilo, la apatridia y la migración. Sin embargo, no mencionan específicamente el asilo por motivos de SOGI, sino que pueden aplicarse en cada caso según sus ámbitos de competencia.

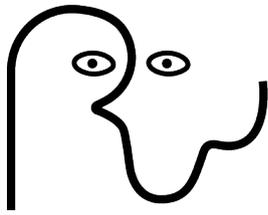
² "ACNUR, la Agencia de la ONU para los Refugiados, es la organización mundial dedicada a salvar vidas, proteger derechos y construir un futuro mejor para los refugiados, las comunidades desplazadas por la fuerza y los apátridas".
<https://www.acnur.org/es-es/el-acnur.html>



Cuadro no 2
PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS Y APÁTRIDAS

Convención sobre los Trabajadores Migrantes (Rev), 1949 (no 97),	1 de julio de 1949 En vigor desde el 22 de enero de 1952
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	28 de julio de 1951 En vigor desde 1954
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas	28 de septiembre de 1954
Convención para Reducir los casos de Apatridia	30 de agosto de 1961
Complementado por su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados	31 de enero de 1967
Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial	14 de diciembre de 1967
Convención para Reducir el Número de Casos de Apatridia	13 de septiembre de 1973
Convención sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143),	24 de junio de 1975 En vigor desde el 9 de diciembre de 1978
Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en el que viven	13 de diciembre de 1985
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares	18 de diciembre de 1990
Principios Rectores de los Desplazamientos Internos	11 de febrero de 1998
Declaración de los Estados Parte en la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados	18 de diciembre de 2001
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños	15 de noviembre de 2000, que entró en vigor en 2003
Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire	Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la resolución 55/25 de la Asamblea General de 15 de noviembre de 2000 (no está en vigor)
Convención sobre los Trabajadores Domésticos (No 189)	16 de junio de 2011, en vigor desde el 5 de septiembre de 2013
Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes	19 de septiembre de 2016
Pacto Mundial sobre los Refugiados	11 de diciembre de 2018

Fuente: elaboración propia



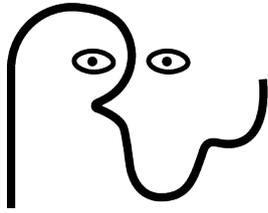
Además, las normas de asilo y refugio se insertan en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. La ONU reconoce que existen nueve tratados internacionales básicos de derechos humanos; cada uno de ellos cuenta con un comité de expertos para supervisar la aplicación de las disposiciones de los tratados por parte de sus Estados parte (ACNUDH, s.f.1). Los tratados internacionales de derechos humanos y las observaciones generales deben ser tenidos en cuenta por los Estados miembros que los han ratificado a la hora de regular o aplicar los procedimientos de asilo por motivos de SOGI.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1945), y ambos tratados, el PIDCP y el PIDESC, forman la llamada **Carta Internacional de Derechos Humanos** (ONU, 1996).

Table No. 03
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

NOMBRE	ABREV.	FECHA
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Primer Protocolo Facultativo (16 de diciembre de 1966) Segundo Protocolo Facultativo (15 de diciembre de 1989)	ICCPR	16 de diciembre de 1966
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo Facultativo (10 de diciembre de 2008)	ICESCR	16 de diciembre de 1966
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	ICERD	21 de diciembre de 1965
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer Protocolo Facultativo (10 de diciembre de 1999)	CEDAW	18 de diciembre de 1979
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Protocolo Facultativo (18 de diciembre de 2002)	CAT	10 de diciembre de 1984
Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989) Primer Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados (25 de mayo de 2000) Segundo Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (25 de mayo de 2000) Tercer Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (19 de diciembre de 2011)	CRC	20 de noviembre de 1989
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares	ICMW	18 de diciembre de 1990
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Protocolo Facultativo (12 de diciembre de 2006)	CRPD	13 de diciembre de 2006
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas frente a las Desapariciones Forzadas	CPED	20 de diciembre de 2006

Fuente: elaboración propia

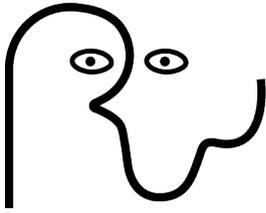


Los Comités Especializados de la ONU, encargados de supervisar la realización de los tratados internacionales, elaboraron diversas Observaciones Generales y Recomendaciones relacionadas con los refugiados y los derechos humanos.

Cuadro no 4
OBSERVACIONES GENERALES EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Comité de Derechos Humanos
Observación General No 15, La posición de los extranjeros bajo el Pacto (1986)
Observación General No 20, Artículo 7 (Sustituye a la Observación General No 7 sobre la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles) (1992)
Comentario General no 27, Libertad de Circulación (Artículo 12) (1999)
Observación General no 31, La índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados parte en el Pacto, (2004)
Comité contra la Tortura
Observación General no 1, Aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 (Devolución y comunicaciones) (1997)
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Recomendación General no 22, Refugiados y personas desplazadas (1996)
Recomendación General no 30, Discriminación contra los no ciudadanos (2004)
Comité de los Derechos del Niño
Observación General no 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005)

Fuente: elaboración propia



b) ¿Qué establecen los instrumentos jurídicos?

"Asilo" describe una condición legal de protección a una persona con temores fundados de persecución, y conlleva el disfrute de derechos específicos. Dicha condición es concedida por un Estado para permanecer en su territorio y recibir protección (Lysander, 2020, p. 83).

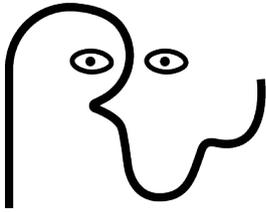
La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, proclamada por la Asamblea General de la ONU en París el 10 de diciembre de 1948 (resolución 217 A de la Asamblea General) menciona el derecho de asilo en el Art. 14, párr. 1: "Toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". No es un tratado internacional, pero puede considerarse vinculante por su condición de derecho consuetudinario. Posteriormente, los Estados han negociado y ratificado el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, para hacer realidad los derechos incluidos en la Declaración Universal. Sin embargo, ninguno de esos pactos reconoció explícitamente el asilo.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados aprobaron la **Convención sobre los Refugiados de 1951**, en vigor desde 1955, con el fin de regular esta cuestión en el ámbito internacional. Complementada por su Protocolo de 1967, se convirtió en la base de las leyes de asilo. Se trata del principal tratado internacional de protección de los refugiados, que establece una definición del término "refugiado", con sus criterios, y establece las obligaciones de los Estados vinculadas a la protección de las personas que buscan protección de otro Estado.

Esta Convención define a los refugiados como personas que han abandonado sus países de origen debido a:

"temores fundados de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas" y que "no puedan o, a causa de dichos temores (...) no deseen acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tenían su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores, no deseen regresar a él" (art. 1 A (2));

En el ámbito internacional, se entiende que no hay un derecho a la concesión de asilo (de hecho, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 no conceden un derecho a entrar y permanecer en los territorios, y no obliga al Estado a aceptar o permitir esa situación), pero sí hay un derecho a solicitarlo y a disfrutarlo una vez concedido (Lysander, 2020, p. 85). La concesión de asilo se considera una decisión derivada de la soberanía del Estado. La Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967 lo subraya explícitamente en los artículos 1 (1) y 3 (1). Sin embargo, "el Alto Comisionado siempre ha abogado por una política de asilo generosa en el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración sobre el Asilo Territorial" (ACNUR, 2019, p. 16). La Convención prohíbe la imposición de sanciones penales cuando existan causas justificadas para estar en el país de forma ilegal (art. 31).



Además, los Estados tienen prohibido expulsar o devolver a un refugiado a las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad estén amenazadas por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política (Convención sobre los Refugiados de 1951, art. 33 (1)). Esto se conoce como el principio de no devolución.

c) ¿Cómo interpretar estos instrumentos en relación a las situaciones por motivos de SOGI?

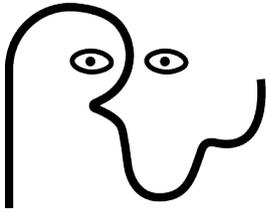
A pesar de que no hay una mención explícita a las situaciones por motivos de SOGI en los tratados internacionales de derechos humanos, las Observaciones Generales, las Observaciones Finales y otros documentos dictados por los Comités de la ONU han emitido importantes interpretaciones, decisiones y recomendaciones a los Estados miembros sobre los derechos sexuales y la aplicación general del principio de no discriminación, así como de otros derechos humanos.

El ACNUR ha hecho hincapié en que la definición de refugiado debe interpretarse y aplicarse en relación a los derechos fundamentales, incluida la prohibición de la no discriminación relacionada con la SOGI (ACNUR, 1967, párr. 6), sobre todo porque son miembros de un grupo social particular mencionado en la Convención de Refugiados de 1951. El Protocolo de 1967 abre el ámbito de aplicación de la Convención a "nuevas situaciones de refugiados". Esta es, en realidad, la frase utilizada para derivar la protección de las personas perseguidas por motivos de SOGI.

Es importante mencionar que algunos autores consideran que es posible interpretar la Convención de 1951 y entender que existe el derecho de asilo. Consideran que los **Principios de Yogyakarta** de 2006 reconocen el derecho de asilo, así como el principio de no devolución. A pesar de no ser un tratado, este tratado se ha convertido en una guía universal para la protección y promoción de los derechos humanos del colectivo LGBTQ+. Algunos autores consideran que de ahí se puede derivar el derecho de asilo³.

"...el derecho de asilo puede entenderse como presunto por la Convención, por varias razones. En primer lugar, la Convención de 1951 prohíbe la devolución (artículo 33). Como consecuencia de esta prohibición, la comunidad internacional está de acuerdo en que los refugiados tienen derecho a residir temporalmente en el país de acogida hasta que se tome una decisión definitiva sobre sus solicitudes (Coleman 2003). En segundo lugar, según el artículo 1(A)(2), la condición de refugiado es un estatus de pleno derecho. En tercer lugar, la Convención de 1951

³ "Principio 23. Derecho a solicitar asilo. Toda persona tiene derecho a buscar asilo en otros países y a disfrutar de él en caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género. Un Estado no podrá trasladar, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que dicha persona pueda enfrentarse a un temor fundado de tortura, persecución o cualquier otra forma de trato o castigo cruel, inhumano o degradante, por motivos de orientación sexual o identidad de género. Los Estados deberán: a) Revisar, modificar y promulgar leyes para garantizar que el temor fundado a la persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género se acepte como motivo para el reconocimiento de la condición de refugiado y el asilo; b) Garantizar que ninguna política o práctica discrimine a los solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual o identidad de género; c) Garantizar que ninguna persona sea expulsada o extraditada a ningún Estado en el que pueda enfrentarse a un temor fundado de tortura, persecución o cualquier otra forma de trato o castigo cruel, inhumano o degradante, por razón de su orientación sexual o identidad de género."



cita en su preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 14 establece el derecho de asilo” (Ktos, et al., 2020, p.62).

d) Pertenencia a un grupo social determinado y situaciones basadas en la SOGI

La Convención sobre los Refugiados de 1951 establece que las "solicitudes fundadas en el temor a la persecución" deben ser "por razones de" uno de los cinco motivos establecidos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. Esto se conoce comúnmente como el requisito del "nexo". Por lo tanto, un tipo de persecución puede darse cuando alguien es **miembro de un grupo social determinado**. Se trata de una noción residual que se aplica para conceder la protección de los refugiados a las solicitudes basadas en la SOGI (Ktos, et al., 2020, p.63).

En 1992, el ACNUR publicó el Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado en virtud de la Convención sobre los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967. Sin embargo, la persecución motivada por la orientación sexual sólo se ha incluido en una versión revisada de 2011.

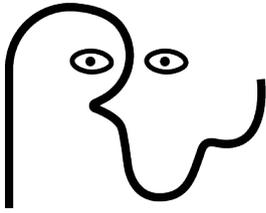
Este Manual incluye las Directrices aprobadas por el ACNUR. Su objetivo es proporcionar una orientación jurídica interpretativa a los gobiernos, los profesionales del derecho, los responsables de la toma de decisiones y el poder judicial, así como al personal del ACNUR que lleva a cabo la determinación de la condición de refugiado sobre el terreno. Estas Directrices complementan el Manual del ACNUR sobre Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado y sustituyen al Documento de Posición del ACNUR sobre la Persecución por Razón de Género de enero de 2000. (ACNUR, 2002).

Las Directrices no 1 sobre la persecución por motivos de género reconocen explícitamente los casos basados en la SOGI:

“La persecución debido a la orientación sexual de la persona

16. Las solicitudes de refugiado basadas en una orientación sexual diferente contienen un elemento de género. La sexualidad o las prácticas sexuales de un solicitante pueden ser relevantes para una solicitud de refugiado cuando haya sido objeto de una acción persecutoria (incluida la discriminación) a causa de su sexualidad o sus prácticas sexuales. En muchos de estos casos, el solicitante se ha negado a adherirse a los roles definidos social o culturalmente o a las expectativas de comportamiento atribuidas a su sexo. Las reclamaciones más comunes se refieren a homosexuales, transexuales o travestidos, que se han enfrentado a una hostilidad pública extrema, a la violencia, al abuso o a la discriminación grave o acumulada.

17. Cuando la homosexualidad es ilegal en una sociedad determinada, la imposición de sanciones penales severas por la conducta homosexual podría equivaler a una persecución, al igual que lo sería la negativa a llevar el velo por parte de las mujeres en algunas sociedades. Incluso cuando las prácticas homosexuales no están penalizadas, un demandante podría establecer una reclamación válida cuando el Estado condona o tolera las prácticas discriminatorias o el daño perpetrado contra él o ella, o cuando el Estado es incapaz de proteger eficazmente al demandante contra dicho daño”.



Las Directrices no 2 profundizan en la "pertenencia a un determinado grupo social". En la introducción, estas directrices dicen que "no existe una "lista cerrada" de los grupos que pueden constituir un "grupo social particular" en el sentido del apartado 2 del artículo 1A". Además, dice que "el término pertenencia a un determinado grupo social debe leerse de forma evolutiva, abierta a la naturaleza diversa y cambiante de los grupos..." (El subrayado es nuestro).

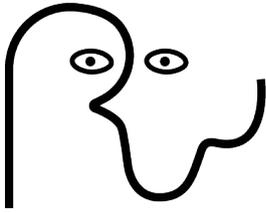
También hay una explicación sobre el enfoque para entender e interpretar el concepto de "grupo social particular" con una mención explícita a la homosexualidad. De acuerdo con las Directrices no 2, esta pertenencia a un grupo social determinado se ha interpretado, al menos, de dos maneras, que con frecuencia pueden converger:

- a) *"6. El primero, el enfoque de las "características protegidas" (a veces denominado enfoque de la "inmutabilidad"), examina si un grupo está unido por una característica inmutable o por una característica que es tan fundamental para la dignidad humana que una persona no debe ser obligada a renunciar a ella. Una característica inmutable puede ser innata (como el sexo o la etnia) o inalterable por otras razones (como el hecho histórico de una asociación, ocupación o condición anteriores)." (ACNUR, 2019, p. 94)*
- b) *"7. El segundo enfoque examina si un grupo comparte o no una característica común que lo convierte en un grupo reconocible o lo diferencia de la sociedad en general. Esto se ha denominado enfoque de "percepción social". De nuevo, las mujeres, las familias y los homosexuales han sido reconocidos bajo este análisis como grupos sociales particulares, dependiendo de las circunstancias de la sociedad en la que existen." (UNHCR, 2019, p. 95).*

Las Directrices n.º 6 tienen por objeto proporcionar orientaciones sobre las solicitudes de refugiado por motivos de religión. Estas directrices consideran que las políticas o los actos que obligan a cumplir contra la identidad o el modo de vida de las personas o grupos podrían constituir acciones persecutorias si se convierte en una interferencia intolerable con la propia identidad o modo de vida del individuo (§21).

Además, las Directrices no 9 son las más relevantes, ya que pretenden orientar sobre las solicitudes de la condición de refugiado basadas, precisamente, en la orientación sexual y/o la identidad de género. Debe leerse conjuntamente con las Directrices no 1, 2 y 6. En ellas se reconoce que los cinco motivos de persecución (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas) no tienen por qué ser excluyentes, sino que pueden solaparse. Por lo tanto, una persona perseguida por su condición SOGI, puede buscar protección internacional también basada en otras causas (ACNUR, 2019).

Es importante decir que no existe una definición específica de persecución. Algunos autores y el ACNUR, en las Directrices no 9, consideran que incluso los abusos menos explícitos, en función de su naturaleza y gravedad, así como de su reiteración, deben ser suficientes para ser considerados como una persecución (§ 41) (Goodwin-Gill, 2007, p. 92; ACNUR, 2001, párr. 15, 17).



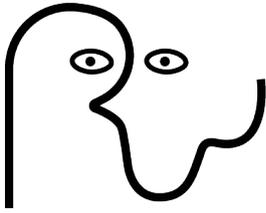
Díaz Lafuente (2017, p. 232-239) ha extraído algunos comportamientos, medidas y actividades que pueden considerarse como elementos radicales en el concepto de persecución:

- Medidas para cambiar o alterar las condiciones de SOGI, que a su vez pueden considerarse torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como violaciones a la libertad y seguridad de las personas (ACNUR, 2019, p. 13).
 - o Institucionalización forzosa, cirugía forzosa de reasignación de sexo, terapia forzosa de electroshock, e inyección forzosa de drogas o terapia hormonal (Directrices del ACNUR no 9, párr. 21).
 - o No se obligará a nadie a someterse a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento (El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 7 considera esto como torturas). El Comité contra la Tortura de la ONU y el Relator Especial sobre la Tortura han dicho que la persecución incluye la prohibición de "obligar a los hombres sospechosos de ser homosexuales a someterse a exámenes anales sin consentimiento para demostrar su homosexualidad" (ACNUDH, 2016, párr. 37).
 - o Acciones orientadas a obligar a las personas intersexuales a operarse sin consentimiento.
- Encarcelamiento o reclusión en instituciones psicológicas o médicas por motivos de SOGI. Esto también es una violación de la libertad. Incluyendo también la segregación administrativa y el aislamiento por motivos de SOGI.
- Crímenes de honor para negar o corregir la no conformidad. (ACNUDH, 2016, párr. 66)
- Cuando hay altas probabilidades de que, tras ser despedido de un trabajo por motivos de SOGI, la persona tenga dificultades para conseguir una nueva actividad remunerada (Informe párr. 25)
- Otro elemento relevante es la ausencia de protección (no disponible y/o ineficaz (ACNUR, 2019, párr. 23). Los Estados pueden ser agentes de persecución o agentes incapaces de proteger a una persona de la persecución. Hathaway, J.C. y Pobjoy, J. (2011-2012) La criminalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo sigue siendo alta y se ha considerado una forma de persecución, incluyendo algunas formas genéricas como "el orden público y las buenas costumbres" (ACNUR, 2019, p.29) ⁴

e) Derechos humanos de los solicitantes y los asilados por motivos de SOGI

Como se ha mencionado anteriormente, el ACNUR ha hecho hincapié en que la definición de refugiado debe interpretarse y aplicarse en relación con los derechos fundamentales, incluida la prohibición de la no discriminación relacionada con la SOGI (ACNUR, 2019).

⁴ De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en una reciente sentencia de noviembre de 2013 presentando los elementos necesarios para que la criminalización de los actos homosexuales sea considerada como una persecución.



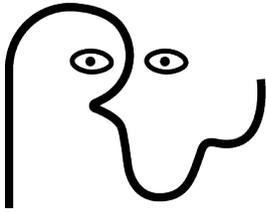
El principio de no discriminación se deriva de un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos, como podemos ver en el siguiente cuadro. Constituye un derecho de entrada para reconocer los derechos LGBTIQ+, incluyendo el asilo y la protección internacional.

Cuadro no 5
TRATADOS INTERNACIONALES Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Tratado internacional	Artículo
Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 entra en vigor el 24 de octubre de 1945	Su Preámbulo dice: "Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas..."
Declaración Universal de los Derechos Humanos	Artículos 1, 2 y 7
Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966	Artículos 2, 12 y 13
Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Artículo 2
Pacto para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979	No incluye ninguna especificación sobre los refugiados; sin embargo, la CEDAW ha mencionado varias veces la vulnerabilidad de las mujeres refugiadas y la obligación de los Estados miembros ante sus derechos (Observación General no 24, 20o período de sesiones, 1999. párr. 16).
Pacto de los Derechos del Niño de 1989	Artículo 22 (norma específica sobre los niños refugiados que deben recibir protección y asistencia humanitaria para disfrutar de todos los derechos incluidos en la Convención y otros tratados internacionales).
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954	Artículo 3

Fuente: elaboración propia

En ese sentido, durante el procedimiento, los derechos humanos deben ser realizados y garantizados para todos los solicitantes de asilo; y una vez concedida la protección internacional, también. La Convención de Refugiados de 1951 reconoce un amplio rango de derechos sociales y económicos: propiedad, vivienda, educación, trabajo, racionamiento, asistencia médica y seguridad social. Algunos autores añaden también el derecho a la movilidad porque es necesario para realizar los demás.



2. EL MARCO REGULADOR EUROPEO

El Consejo de Europa es una organización regional que reúne a 47 Estados miembros, incluidos todos los de la Unión Europea (UE) (Consejo de Europa, s.f.). La Unión Europea es una organización diferente. El **Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950** es el tratado internacional en el que se recogen los principales derechos fundamentales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, controla el respeto del CEDH.

Además, la Unión Europea (UE) es una organización internacional regida por el Derecho Internacional. Está formada por una variedad de instituciones como el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, el Consejo Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en Luxemburgo, el Defensor del Pueblo Europeo, entre otros.

Su sistema jurídico está formado por el derecho originario y el derecho derivado. El primero está compuesto por: i) los Tratados de la UE, acuerdos vinculantes entre los países de la UE; ii) la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CEDH); y iii) los principios generales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

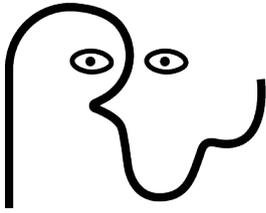
El derecho derivado está formado por todas las decisiones adoptadas por las instituciones de la UE. Según el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), estas decisiones pueden ser: normas, directrices, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El TFUE establece una jerarquía entre el derecho derivado: (EUR-lex web) actos legislativos (art. 289), actos delegados (art. 290) y actos ejecutivos (art. 291).

a) El derecho de asilo por motivos de SOGI en Europa

En el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 1 del CEDH establece que los Estados parte tienen la obligación de garantizar a toda persona sometida a su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio. Esto incluye no sólo a sus ciudadanos, sino también a las personas que se encuentran en su territorio o bajo el control de los agentes del Estado (art. 1) (CEDH, 2020). Por lo tanto, esto puede incluir, por ejemplo, a los migrantes, los solicitantes de asilo o los refugiados que se encuentran en las condiciones requeridas para ser considerados "dentro de la jurisdicción de un Estado".

El CEDH garantiza que los no nacionales no sean devueltos a un país en el que se enfrenten o corran el riesgo de enfrentarse a un trato degradante o inhumano (por ejemplo, un país en el que la homosexualidad esté castigada y en el que, por tanto, las personas homosexuales puedan ser enviadas a prisión por ser quienes son) (art. 3). Esto se conoce como el principio de no devolución, también establecido en el derecho internacional y europeo. Sin embargo, no existe un derecho de asilo en la UE mientras los Estados miembros tengan la soberanía de controlar la entrada, residencia y expulsión de los no nacionales.



La jurisprudencia⁵ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha producido decisiones que imponen limitaciones al derecho de los Estados a rechazar a alguien en sus fronteras, basándose en el artículo 2 (derecho a la vida) y el artículo 3 (prohibición *absoluta*⁶ de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes). El Tribunal también ha condenado la **devolución indirecta** cuando, por ejemplo, la "*expulsión a un Estado desde el que los migrantes pueden enfrentarse a una nueva (sic) deportación sin evaluar su situación*".

El CEDH es un sólido instrumento jurídico que puede utilizarse para garantizar que los refugiados LGBTIQ+, tanto en calidad de personas LGBTIQ+ como de no nacionales, con especial atención a los solicitantes de asilo, tengan derecho a los derechos humanos. Esto también está en consonancia con la **prohibición de la discriminación** por razón de "*sexo, raza, color, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición*" (artículo 14).

En el ámbito de la Unión Europea, esta organización internacional se fundó sobre los valores del respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (**artículo 2 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea**). También incluye el principio de igualdad entre mujeres y hombres, así como el valor de la no discriminación.

La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (CEDH) ancló los derechos humanos fundamentales que deben respetar los 27 Estados miembros de la UE y su institución. Tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6, §1 TUE). Los países de la UE deben tenerla en cuenta a la hora de aplicar sus leyes.

La Carta incorpora, por primera vez a nivel europeo, el derecho de asilo (artículo 18) y prohíbe la devolución de una persona a un Estado en el que exista un riesgo grave de que sea sometida a la pena de muerte, a la tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 19).

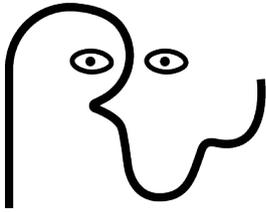
Además, la Carta también reconoce el derecho a la dignidad humana, que se utiliza para interpretar las leyes y otras disposiciones (artículo 1). Este es el caso, por ejemplo, del artículo 4 de la Directiva de Reconocimiento (un instrumento legislativo que establece unas normas mínimas para el reconocimiento de la condición de refugiado que se presentará más adelante) orientado a garantizar el respeto de la dignidad humana de los solicitantes; en este caso, y de acuerdo con la Carta, los Estados miembros no pueden aceptar elementos de prueba como la realización de actos homosexuales, el sometimiento a pruebas o la producción o grabaciones de vídeo.

El principio de no discriminación se incluye como parte crucial de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta (artículo 2). La orientación sexual se menciona explícitamente como motivo de discriminación prohibido; sin embargo, la identidad de género o las características sexuales no se mencionan explícitamente. En relación con esta ausencia, el TJUE interpreta ampliamente esta disposición y el criterio de "sexo".

⁵ Más información sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con el asilo: (TEDH, 2016)

⁶ El término "absoluta" es de especial importancia porque significa que no se pueden hacer excepciones de ningún tipo.

⁷ M.S.S. contra Bélgica y Grecia [GC], 96/09, TEDH 2011.



Basándose en esta disposición, toda la legislación de la UE debe cumplir la prohibición de discriminar (es decir, de tratar de forma diferente a personas que se encuentran en una situación similar) por cualquier motivo. Esto significa que los motivos mencionados explícitamente no son una lista exhaustiva. Sin embargo, conviene subrayar que casi todos esos criterios son pertinentes al considerar la situación de las personas LGBTIQ+ y de los refugiados. Los refugiados LGBTIQ+, que combinan varias de estas características, son susceptibles de ser discriminados por varios motivos y, además, por una combinación de ellos (lo que se denomina interseccionalidad de las discriminaciones).

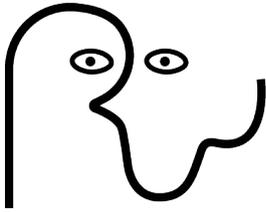
Cuando el TJUE controla la correcta aplicación del Derecho de la UE, suele remitirse a esos derechos fundamentales para interpretar otras disposiciones. Por ejemplo, interpreta la Directiva de Reconocimiento a la luz del derecho a la dignidad humana. El TJUE también adopta una interpretación amplia del criterio de "sexo", incluyendo consideraciones relacionadas con las características sexuales y el género. Cabe señalar en este punto que, desde la adopción del Tratado de Lisboa en 2009, la competencia del TJUE en materia de asilo ha mejorado. Por lo tanto, ha desarrollado una jurisprudencia más amplia relacionada con esta materia.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de la Carta es limitado: este instrumento sólo se aplica a las instituciones y organismos de la UE y a los Estados miembros cuando aplican el derecho de la UE. Esto significa que los Estados miembros siguen teniendo que adoptar leyes nacionales para garantizar la protección de esos derechos fundamentales en cualquier situación que se produzca en su territorio. Debido a su orientación sexual y/o a sus especificidades de género, los refugiados LGBTIQ+ pueden verse obligados a huir de tratos tan malos que pueden calificarse de "persecuciones" en el sentido de la Convención de Ginebra.

Además, **la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce la norma general de no discriminación (art. 10)**, así como una política común en materia de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en la solidaridad entre los Estados miembros, que sea justa con los nacionales de terceros países (art. 67 §2). Este Tratado también establece el desarrollo de una política común en materia de asilo, así como de protección subsidiaria y temporal (art. 78 §1), estableciendo el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante SECA) en armonía con la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967.

El **Protocolo no 24 sobre el asilo de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea** se aprobó de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la UE y la Convención sobre los Refugiados de 1951. Este Protocolo tiene por objeto evitar que se recurra a las instituciones de asilo para fines distintos de los previstos. Según este Protocolo, los Estados miembros de la UE se consideran Estados seguros en el contexto de los procedimientos de asilo, por lo que deben cumplirse condiciones estrictas para declarar admisible una solicitud de asilo de un nacional procedente de un Estado miembro.

En septiembre de 2020, la Comisión propuso un **Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo**, que contiene una serie de soluciones a través de nuevas propuestas legislativas y enmiendas a las propuestas pendientes para poner en marcha un sistema que sea a la vez humano y eficaz, lo que representa un importante paso adelante en la forma en que la Unión gestiona la migración" (CE, s.f.b). El Consejo y el Parlamento Europeo examinarán el proyecto de pacto presentado por la Comisión.



Este ambicioso Pacto pretende reformar en profundidad el SECA en todos sus aspectos utilizando diferentes herramientas, entre ellas la legislación⁸. El procedimiento actual para adoptar normas para el SECA es el procedimiento legislativo ordinario (TFUE, art. 78, §2), por lo que sigue el mismo papel legislativo que desempeñan el Parlamento Europeo y el Consejo. La Comisión propone un texto legislativo (*in casu*, Directivas o Reglamentos), el Parlamento adopta o modifica el texto antes de transmitirlo al Consejo para su adopción o modificación. Si el texto no se adopta tras dos lecturas de uno de los dos colegisladores (el Parlamento y el Consejo), la legislación no se adopta. Este procedimiento tiene la ventaja de dar el mismo poder al Parlamento y al Consejo. Sin embargo, al reunir a representantes de todos los Estados miembros, el Consejo sigue siendo un órgano intergubernamental, dependiente de las conjeturas políticas.

b) SOGI como motivo de persecución

Como su marco regulador deriva del internacional, la Unión Europea ancló en su derecho derivado una concepción coherente de la condición de refugiado. En este sentido, la UE adoptó una definición común de refugiado.

La Directiva de Reconocimiento sobre los requisitos, adoptada por la UE en 2003 y revisada en 2011, reconoce el derecho a la condición de refugiado en lugar de concederlo. Según el preámbulo 21, el reconocimiento de la condición de refugiado es un acto declarativo. Y el artículo 2(d) de la Directiva sobre el reconocimiento define al refugiado como:

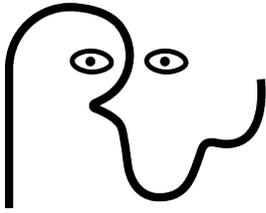
"el nacional de un tercer país que, debido a un temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o el apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos antes mencionados, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplique el artículo 12 [exclusión]"

Se reconocerá⁹ como beneficiario de la condición de refugiado y de la protección resultante a toda persona que reúna las siguientes características:

- estar fuera de su Estado de origen (elemento objetivo);
- tener un temor fundado a ser perseguido (elemento subjetivo):
 - "persecución": no existe una definición de este término, pero pretende designar los actos que vulneran gravemente los derechos fundamentales (en particular, pero no exclusivamente, el

⁸ Basándose en el artículo 78 del TFUE, las instituciones de la UE adoptaron varias legislaciones para enmarcar el SECA. Entre ellas, algunas pretenden ir más allá de lo previsto a nivel internacional. Es el caso de la directiva de protección temporal, que nunca se ha aplicado en la práctica "debido al requisito de unanimidad para una decisión en el Consejo, la vaguedad de sus términos y las tensiones entre los Estados miembros en el Consejo sobre el reparto de la carga". La CE pretende derogarla mediante la adopción de un nuevo Reglamento que aborde las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo.

⁹ La condición de refugiado está *reconocida*. La concesión de esta condición es un acto declarativo y no un favor de los organismos (véase la Directiva de reconocimiento, Preámbulo, rec. 21).



derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los malos tratos e inhumanos, la prohibición de la esclavitud y la legalidad de cualquier condena);

- o "temor": debe existir un riesgo de persecución de cierta gravedad;
- o "fundado": los solicitantes de asilo deben probar sus alegaciones y el Estado miembro debe evaluar los elementos pertinentes de la solicitud en cooperación con el solicitante.

Los actos considerados como persecuciones pueden ser de distinta naturaleza como la violencia, psicológica y sexual; medidas legales, administrativas, policiales y/o judiciales discriminatorias, sanciones o procesamientos desproporcionados o discriminatorios, actos hacia las personas **por su sexo** o contra sus hijos. Las persecuciones pueden basarse en varios motivos. De especial relevancia para los refugiados LGBTIQ+ es el de "pertenencia a un grupo social determinado".

La UE reconoció la necesidad de introducir un **concepto común del motivo de persecución consistente en la pertenencia a un determinado grupo social**. Este reglamento reconoció explícitamente los casos por motivos de SOGI. En el preámbulo, se ha especificado que:

*"[p]ara definir un grupo social particular, las cuestiones derivadas del **género del solicitante, incluidas la identidad de género y la orientación sexual**, que pueden estar relacionadas con determinadas tradiciones y costumbres legales, que dan lugar, por ejemplo, a la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado, deben tomarse debidamente en consideración en la medida en que estén relacionadas con el temor fundado del solicitante a ser perseguido"* (rec. 30).

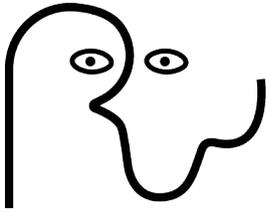
El artículo 10 de la Directiva de reconocimiento, que enumera los distintos motivos de persecución, establece las condiciones específicas para que se considere que se trata de un grupo particular (aspectos internos y externos). La orientación sexual puede considerarse una característica común (que es una de esas condiciones). Con el texto refundido de 2011, se ha especificado que esto incluye también la identidad de género.

"Artículo 10. Motivos de persecución.

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos al evaluar los motivos de persecución: [...] d) se considerará que un grupo constituye un grupo social particular cuando, en particular

– los miembros de ese grupo compartan una característica innata, o un trasfondo común que no pueda cambiarse, o compartan una característica o creencia que sea tan fundamental para la identidad o la conciencia que una persona no deba ser obligada a renunciar a ella [lo que incluye la orientación sexual], y

– ese grupo tiene una identidad propia en el país en cuestión, porque es percibido como diferente por la sociedad circundante. Dependiendo de las circunstancias del país de origen, un grupo social concreto puede incluir un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No puede entenderse que la orientación sexual incluya actos considerados delictivos de acuerdo con la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el género, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de identificar una característica de dicho grupo; [...]



2. Al evaluar si un solicitante tiene un temor fundado a ser perseguido, es irrelevante si el solicitante posee realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que atrae la persecución, siempre que dicha característica sea atribuida al solicitante por el agente de la persecución."

También cabe señalar que la Directiva especifica que la evaluación del motivo de la persecución no debe limitarse a las características que *realmente posean* los solicitantes, en la medida en que se le atribuyan a esta persona.

Esta mención explícita de las consideraciones relacionadas con la orientación sexual (SO) y la identidad de género (GI) es la razón principal por la que en este documento utilizamos el término de solicitantes basados en la SOGI para designar a los refugiados LGBTIQ+ que pueden solicitar asilo en los Estados miembros de la UE.

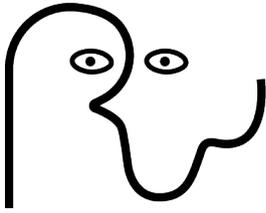
La Directiva de reconocimiento establece algunos ejemplos de actos de persecución, entre los que se incluyen los actos de naturaleza específica de género. El artículo 15 define los daños graves para el reconocimiento de la condición de protección subsidiaria, incluyendo aquellas situaciones en las que los Estados criminalizan o castigan con penas mortales las relaciones homosexuales.

Como se ha mencionado anteriormente, existe una obligación de **cooperación recíproca** entre el Estado miembro y el solicitante SOGI. Mientras que el segundo debe *"presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar la solicitud de protección internacional"* (art. 4, §1), incluidas las pruebas relativas a su vida; el primero debe evaluar estos elementos a la luz de la situación general del país de origen y de las circunstancias específicas de la persona en cuestión. A este respecto, la falta de comprensión y conocimiento de la situación específica de las personas LGBTIQ+ puede dar lugar a abusos (por ejemplo: evaluación basada en nociones estereotipadas, preguntas relativas a detalles de las prácticas sexuales del solicitante, entre otras). Por lo tanto, los poderes ampliados dedicados al TJUE son realmente útiles, ya que permiten a este órgano judicial condenar las medidas nacionales abusivas e ilegales en esta materia (Vid. Sitio web de la FRA Situación actual de la migración en la UE).

En este sentido, la CE propuso en 2016 incluir en el Reglamento que sustituiría a esta Directiva la jurisprudencia del TJUE, al estipular en el Preámbulo que al evaluar las solicitudes de protección internacional, los organismos nacionales competentes deben utilizar métodos que respeten los derechos fundamentales (entre ellos el derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida privada, según ha aclarado el TJUE¹⁰). Se insiste en la necesidad de respetarlo especialmente en lo que respecta a la homosexualidad: *"[e]specíficamente en lo que respecta a la homosexualidad, la evaluación individual de la credibilidad del solicitante no debe basarse en nociones estereotipadas sobre los homosexuales y el solicitante no debe ser sometido a un interrogatorio detallado o a pruebas sobre sus prácticas sexuales"*. (rec. 29).

El elemento mencionado aquí arriba no aparece en la actual Directiva de Reconocimiento. Se añade basándose en la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo, sólo se menciona en el preámbulo y no se reitera

¹⁰ TJUE, Casos acumulados C 148-150/13, A, B y C contra el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia, 2 de diciembre de 2014, párrafo 53.



en una obligación o prohibición legal concreta para los Estados Miembros dentro de las disposiciones del Reglamento.

c) La posición de la Comisión Europea sobre la igualdad

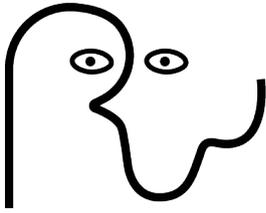
La CE muestra un fuerte compromiso a favor de la igualdad y la no discriminación. Esto se traduce en la adopción de diversas propuestas y comunicaciones. Las siguientes son de especial relevancia en este caso:

- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual: el ámbito de aplicación de esta Directiva sería más amplio que el de los instrumentos jurídicos existentes, ya que va más allá del ámbito del lugar de trabajo (el marco jurídico actual de la UE, según el cual la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual sólo se aplica al empleo, la ocupación y la formación profesional). Sólo menciona la orientación sexual, pero no la identidad de género, la expresión o la intersexualidad. Al estar en suspenso durante años, no es posible saber cuándo y cómo fomentará realmente la igualdad de las personas LGBTIQ+ en la UE.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: esta Comunicación presenta la estrategia de la CE a favor de la igualdad de trato de las personas LGBTIQ. Se basa en 4 pilares: i) abordar la discriminación de las personas LGBTIQ; ii) garantizar su seguridad; iii) construir una sociedad inclusiva; y iv) liderar el llamamiento a la igualdad de las personas LGBTIQ en todo el mundo. Dentro del primer pilar, la CE anuncia la intención de defender los derechos de los solicitantes de protección internacional LGBTIQ (§1.4).

La Comisión Europea pretende fomentar los intercambios de buenas prácticas entre los Estados miembros para atender las necesidades de los solicitantes de protección internacional LGBTIQ, "centrándose en cómo garantizar unas condiciones de acogida seguras y adecuadas, incluido el alojamiento, para los solicitantes de protección internacional LGBTIQ; las normas de protección que se aplican en relación con su detención (cuando proceda); y cómo evitar que el examen de sus solicitudes se vea influido por la discriminación y/o los estereotipos contra LGBTIQ". La EASO mejorará la formación de los funcionarios de protección y de los intérpretes para evitar los estereotipos en el examen de las solicitudes.

En cuanto a la situación de los solicitantes por motivos de SOGI, recuerda:

"En muchas partes del mundo, las personas sufren graves abusos de los derechos humanos y otras formas de persecución debido a su orientación sexual y/o identidad de género real o percibida. Si bien la persecución de personas [LGBTI] y de quienes son percibidos como LGBTI no es un fenómeno nuevo, en muchos países de asilo hay una mayor conciencia de que las personas que huyen de la persecución por razones de su orientación sexual y/o identidad de género pueden calificar como refugiados en virtud del artículo 1A(2) de la [Convención de Ginebra] y/o su Protocolo de 1967 (...). Sin embargo, la aplicación de la definición de refugiado sigue siendo inconsistente en esta área" (ACNUR, 2019).



Por lo tanto, la Comisión anuncia que "garantizará la sinergia en la aplicación de la estrategia de igualdad LGBTIQ y el plan de acción de la UE sobre integración e inclusión." El principio de "inclusión para todos" se incluirá en un nuevo plan de acción, cuidando los vínculos entre la migración y otros factores de discriminación como la orientación sexual y la identidad de género¹¹.

d) Organismos

Table No. 06
AUTHORITIES FOR ASYLUM IN EUROPE

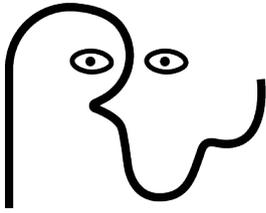
Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO)	Apoya la aplicación del SECA por parte de los Estados miembros. Este organismo facilita, desarrolla y coordina la cooperación práctica entre los países de la UE en materia de asilo y ofrece formación, desarrollo de capacidades, asistencia de emergencia e información y análisis. Actúa como centro independiente de conocimientos sobre el asilo y elabora un informe anual sobre la situación del asilo en la UE y sus países miembros.
Agencia Europea de Fronteras y Costas (FRONTEX)	Promueve, coordina y desarrolla la gestión europea de las fronteras en consonancia con la carta de derechos fundamentales de la UE y el concepto de Gestión Integrada de las Fronteras.
Dactiloscopio Europeo (EURODAC)	Es la base de datos de huellas dactilares de asilo de la UE que permite a los Estados miembros comparar las huellas dactilares de los solicitantes de asilo.
Fondo Europeo para los Refugiados (FER)	Permite la solidaridad entre Estados.

e) Procedimientos

El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)

Desde 1999, el Consejo Europeo, a nivel de la Unión Europea, estableció un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), con el objetivo de desarrollar una "política común en materia de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en la solidaridad entre los Estados miembros, que sea equitativa con los nacionales de terceros países" (TFUE, art. 67, §2). Hay que encontrar un delicado equilibrio entre la soberanía de los Estados (protección de las fronteras) y la solidaridad para la protección de los derechos humanos (protección de las personas). Está en proceso de reforma, en particular a causa de la crisis migratoria de 2015-2016. La nueva legislación debe ser adoptada de acuerdo con el

¹¹ Véase [COM\(2020\) 698 final](#), p.12, que presenta las acciones clave de la CE en esta materia.



procedimiento legislativo ordinario, por lo que los textos propuestos por la Comisión Europea aún no han sido adoptados por el Consejo Europeo.

"Los países de la UE tienen la responsabilidad compartida de acoger a los solicitantes de asilo de forma digna, garantizando que sean tratados de forma justa y que su caso sea examinado siguiendo normas uniformes. Esto garantiza que, independientemente del lugar en el que un solicitante presente su solicitud, el resultado será similar. Los procedimientos deben ser justos, eficaces en toda la UE e impermeables a los abusos." (Sitio web de la UE. Migración y Asuntos de Interior).

El SECA trabaja sobre la base de tres pilares principales: i) procedimientos eficaces de asilo y retorno; ii) solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades y iii) fortalecimiento de las asociaciones con terceros países.

La Comisión Europea tiene un papel clave en la política de asilo en la medida en que inicia el proceso legislativo para adoptar nuevas legislaciones o reformar los instrumentos existentes.

La aplicación del SECA depende de los Estados miembros, que actúan de acuerdo con las obligaciones impuestas a nivel de la UE. En este proceso, pueden beneficiarse del apoyo de las agencias descentralizadas de la UE.

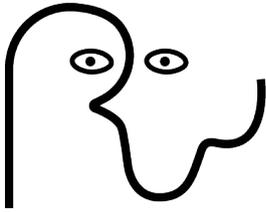
Las normas de este sistema determinan el Estado miembro como responsable de los solicitantes de protección internacional (incluida una base de datos de huellas dactilares de asilo). La ambición a este respecto es tener un proceso claro y funcional para determinar qué país es responsable de examinar una solicitud de protección. También establece normas comunes para los procedimientos de asilo; fija condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de protección; y el sistema promulga normas que fomentan la convergencia sobre los criterios de concesión de la condición de protección y sobre el contenido de la protección asociada a esas condiciones.

El SECA establece normas comunes y de cooperación para garantizar que los solicitantes de asilo reciban un trato igualitario en un sistema abierto y justo.

La Unión Europea cuenta con seis instrumentos reguladores:

- La Directiva sobre procedimientos de asilo
- La Directiva sobre las condiciones de acogida
- La Directiva de reconocimiento
- El Reglamento de Dublín
- El Reglamento EURODAC
- La Directiva de retorno

Las Directivas son un tipo de legislaciones europeas que imponen a los Estados la obligación de adoptar una legislación nacional que aplique los derechos y deberes contemplados en estos instrumentos. A diferencia de los Reglamentos, no tienen, en principio, ningún efecto directo sobre los ciudadanos. Los Estados miembros conservan un margen de apreciación relativo en la aplicación de estas legislaciones, lo que explica que las legislaciones y los procedimientos nacionales puedan diferir.



La EASO ha elaborado orientaciones para los Estados miembros que van más allá de los textos legales. En estos documentos, invita a los Estados a prestar especial atención al sexo del solicitante -aunque no se mencione explícitamente el género- proporcionándole una interpretación de su sexo si lo solicita, por ejemplo. En cuanto a la vivienda, se especifica que:

“[e]xisten dormitorios separados para los solicitantes masculinos y femeninos y no es posible el acceso de los solicitantes del sexo opuesto. [...] La restricción de acceso podría garantizarse mediante instalaciones separadas y/o mediante una cerradura, sin perjuicio de las consideraciones de seguridad de la instalación de acogida. En particular, los armarios deberían poder cerrarse con llave si una instalación acoge a solicitantes con necesidades especiales, o solicitantes femeninas que puedan correr el riesgo de sufrir violencia de género.”

Sigue sin haber consideración para los solicitantes que no pertenecen a ninguno de los extremos del espectro (es decir, la distinción binaria entre hombre y mujer, con los géneros binarios asociados).

Basándose en la solidaridad de los Estados miembros, el SECA incluye normas sobre cómo determinar qué Estado miembro será responsable de examinar una solicitud de protección internacional (véase el Reglamento de Dublín III¹²).

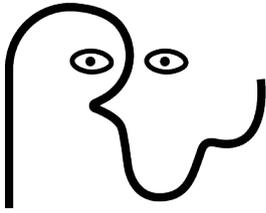
La Directiva sobre procedimientos de asilo

La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los procedimientos comunes para la concesión y la retirada de la protección internacional (refundido), establece orientaciones comunes para los procedimientos de los Estados miembros para la concesión y la retirada de la protección internacional a los refugiados.

El Preámbulo considerando (29) destaca que ciertos solicitantes pueden necesitar garantías de procedimientos especiales debido, entre otras cosas, a su género, orientación sexual, identidad de género, entre otras situaciones. Los Estados miembros tienen la obligación de identificar a los solicitantes que necesitan garantías procesales especiales antes de que se adopte una decisión en primera instancia. Sin embargo, el considerando (32) establece que se anima a los Estados miembros a establecer procedimientos de examen que tengan en cuenta la perspectiva de género (en términos de igualdad entre los solicitantes femeninos y masculinos).

Los artículos 10 y 15 de esta Directiva exigen a los Estados miembros que garanticen que el personal encargado del examen de las solicitudes y de la toma de decisiones tenga la posibilidad de solicitar el asesoramiento de expertos en cuestiones concretas, como las de género, y que tomen las medidas adecuadas para garantizar que la persona que realice la entrevista sea competente para tener en

¹² 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 (refundido). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0604&from=EN>



cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidos el género, la orientación sexual, la identidad de género o la vulnerabilidad del solicitante¹³.

Esta Directiva deja un relativo margen de apreciación a los Estados miembros, que la aplican de diferentes maneras, con distintas estructuras organizativas y modalidades aplicadas a los procedimientos de asilo. Para hacer frente a este problema, la EASO adoptó unas orientaciones prácticas con normas e indicadores operativos (no vinculantes) y la Comisión Europea ha presentado al Parlamento y al Consejo una Propuesta¹⁴ para sustituir la Directiva vigente por un Reglamento.

La Directiva sobre las condiciones de acogida

La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundido), denominada Directiva de acogida, no establece condiciones específicas para la detención de los solicitantes de asilo por motivos de SOGI. En esta Directiva, el género se considera únicamente centrado en las mujeres y los hombres cisgénero (artículo 11, §5) sin especificar las personas transgénero¹⁵.

Esta Directiva reconoce explícitamente el hecho de que "algunos solicitantes pueden necesitar garantías procesales especiales debido, entre otras cosas, a su [...] **género, orientación sexual, identidad de género** [...]" (Preámbulo, rec. 29). Teniendo en cuenta la obligación de los Estados de identificar a los solicitantes que necesitan garantías procesales antes de una decisión en primera instancia, esta indicación, aunque se mencione en el Preámbulo, podría utilizarse para proteger mejor a los solicitantes por motivos de SOGI.

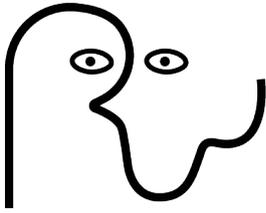
El artículo 10, que establece los requisitos para el examen de la solicitud, establece que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que el personal que examina las solicitudes y toma las decisiones tenga la posibilidad de pedir asesoramiento a expertos **en cuestiones particulares**, como las de género. El artículo 15, que establece los requisitos para la entrevista personal, impone a los Estados la obligación de tomar las medidas adecuadas para garantizar que la persona que realice la entrevista sea competente para tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidos **el género, la orientación sexual, la identidad de género o la vulnerabilidad del solicitante**.

Las necesidades específicas de los solicitantes por motivos de SOGI sólo pueden considerarse tenidas en cuenta en la medida en que estos mismos solicitantes sean considerados como personas vulnerables (por ejemplo: menores, menores no acompañados, personas discapacitadas, personas mayores, mujeres embarazadas, padres solteros con hijos menores, **víctimas de la trata de seres humanos**, personas con enfermedades graves, personas con trastornos mentales y personas que hayan sido sometidas a tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina, véase el art. 21).

¹³ Actualmente existe una propuesta de la Comisión ([COM/2020/611 final](#)) que pretende sustituir esta Directiva por un Reglamento. Se invita al Parlamento y al Consejo (recomendaciones; "debería") a adoptarla antes del segundo trimestre de 2021.

¹⁴ Ver [COM/2020/611 final](#).

¹⁵ Actualmente existe una propuesta de la Comisión ([COM/2020/611 final](#)) que pretende sustituir esta Directiva por un Reglamento. Se invita al Parlamento y al Consejo (recomendaciones; "debería") a adoptarla antes del segundo trimestre de 2021.



Por último, por englobar **un capítulo dedicado a la Migración y el Asilo**, al tiempo que se dedica a la eliminación de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, la **Convención de Estambul**¹⁶ es digno de atención. Los artículos 60 y 61 son especialmente interesantes en lo que respecta a las **solicitudes de asilo basadas en el género**. El primero impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que la violencia de género contra las mujeres pueda ser reconocida como una forma de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra (§1) y de desarrollar procedimientos de acogida y servicios de apoyo a los solicitantes de asilo que tengan en cuenta el género (§3). También menciona la obligación de garantizar una interpretación que tenga en cuenta el género en el ámbito de la Convención (§2). El artículo 61 reitera el principio de no devolución, prestando especial atención a la situación de las mujeres: *"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que las víctimas de la violencia contra las mujeres que necesiten protección, independientemente de su condición o residencia, no sean devueltas en ningún caso a ningún país donde su vida corra peligro o donde puedan ser sometidas a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes"* (§2).

La Directiva de reconocimiento¹⁷

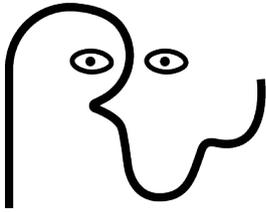
La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas para los requisitos que deben cumplir los nacionales de terceros países o los apátridas para ser beneficiarios de protección internacional, para una condición uniforme de refugiado o para las personas con derecho a protección subsidiaria, y para el contenido de la protección concedida (refundido), normalmente denominada Directiva sobre los requisitos, se adoptó en 2003 (durante la primera fase del SECA, en el marco del Programa de Tampere, cuando el principal objetivo era dotar a los Estados miembros de normas mínimas comunes). Fue revisada en 2011. Hasta la fecha, está pendiente una propuesta de la Comisión para sustituirla por un Reglamento que refuerce la armonización entre los Estados.

El artículo 78 del TFUE establece que las instituciones de la UE adoptaron varias legislaciones para enmarcar el SECA. Entre ellas, algunas consisten en interpretar y aplicar la Convención de 1951. En este sentido, la Directiva de reconocimiento¹⁸ establece normas comunes i) para el reconocimiento de los nacionales de terceros países o apátridas (es decir, personas que no son ciudadanos europeos) como beneficiarios de protección internacional; ii) para una condición uniforme de los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria; iii) para el contenido de la protección concedida.

¹⁶ Convención del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 2011. Esta Convención ha sido firmada por la Unión Europea, pero aún no ha sido ratificada.

¹⁷ Hemos explicado anteriormente ("*SOGI como motivo de persecución*") su contenido e implicaciones en relación con los casos relacionados con la SOGI.

¹⁸ 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 (refundido). Extraído de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0095&from=FR>



El Reglamento de Dublín

El régimen de Dublín fue establecido originalmente por la Convención de Dublín, firmada en Dublín, Irlanda, el 15 de junio de 1990. En 2003, la Convención de Dublín fue sustituida por el Reglamento de Dublín II. En 2013, se adoptó el Reglamento de Dublín III, que sustituye al Reglamento de Dublín II. El Reglamento de Dublín III (Reglamento UE no 604/2013) está en vigor desde el 1 de enero de 2014.

El Reglamento de Dublín III es la piedra angular del Sistema de Dublín. Establece las normas para determinar qué Estado miembro es responsable de examinar una solicitud de protección internacional en virtud de la Convención sobre los Refugiados de 1951 y de la Directiva sobre los requisitos, dentro de la UE. Uno de los principales objetivos de este reglamento es evitar que un solicitante presente solicitudes en varios Estados miembros, así como reducir el número de solicitantes de asilo "en órbita" que van de un Estado miembro a otro y a otro. Una vez que una persona solicita asilo en un país, éste es responsable de aceptar o rechazar la solicitud. El solicitante no puede reiniciar el proceso en otra jurisdicción. Este Reglamento también reconoce el principio de no devolución en el Preámbulo (3).

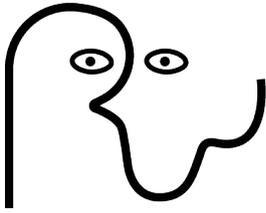
Además, el artículo 32 prescribe que el Estado miembro que traslada transmitirá al Estado miembro responsable la información sobre cualquier necesidad especial de la persona que vaya a ser trasladada. A pesar de que no hay una referencia explícita a los solicitantes SOGI ni a las normas antidiscriminatorias, hay una referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Por lo tanto, puede aplicarse a los casos de SOGI, por ejemplo, a los casos de personas transgénero con necesidades especiales de medicación.¹⁹

La Directiva de retorno

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, dice que se reconoce que es legítimo que los Estados miembros devuelvan a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre que existan sistemas de asilo justos y eficaces que respeten plenamente el principio de no devolución.

El artículo 21 establece que los Estados miembros deben aplicar la Directiva sin discriminación, mencionando explícitamente la orientación sexual pero no la identidad ni la expresión de género.

¹⁹ La Comisión propuso un Reglamento de Gestión de Asilo y Migración ([COM/2020/610 final](#)), con el objetivo de sustituir este Reglamento. Se invita al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptarlo antes del segundo trimestre de 2021. Asimismo, existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento de la UE y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundido). COM (2016) 270 final. A su vez, será retirado por la Comisión a través del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Por otra parte, el Reglamento (CE) no 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo 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. Sin embargo, el Reglamento (CE) No 1560/2003 no tiene una relación explícita con los casos derivados de SOGI.



EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE SOGI EN LOS MARCOS REGULADORES NACIONALES²⁰



Bélgica es una monarquía constitucional federal con un sistema parlamentario²¹. Está estructurada por motivos regionales y lingüísticos, y dividida en tres regiones muy autónomas: la Región Flamenca (Flandes) en el norte, la Región Valona (Valonia) en el sur y la Región de Bruselas-Capital.

La Constitución es la ley suprema del sistema jurídico belga. A continuación hay una variedad de normas: i) las leyes especiales (*lois spéciales*), aprobadas por mayoría especial, que determinan la división de poderes y las normas clave de funcionamiento de las instituciones públicas; ii) las leyes (*lois*), los decretos (*décrets*) y las ordenanzas (*ordonnances*); iii) las órdenes reales (*arrêtes royaux*) y las órdenes del gobierno (*arrêtes du gouvernement*) que aplican las leyes o los decretos; y iv) las órdenes ministeriales (*arrêtes ministériels*).

Los reglamentos de la UE son directamente aplicables. La legislación interna es necesaria para aprobar y ratificar los tratados internacionales. En determinados ámbitos, todos los órganos legislativos de Bélgica deben aprobar y ratificar los tratados.

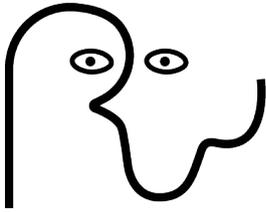
a) El derecho de asilo por motivos de SOGI

La Constitución belga no regula las solicitudes de asilo ni la protección internacional; sin embargo, crea una base esencial para la no discriminación, incorporando, en el artículo 11, un principio que es la piedra angular de los derechos fundamentales en Bélgica. Aunque el artículo 11 sólo menciona a las minorías ideológicas y filosóficas, el Tribunal Constitucional ha ampliado el alcance de la disposición a todos los derechos y libertades reconocidos a los belgas²². Así pues, este artículo, en consonancia con el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece un principio general que prohíbe la discriminación directa o indirecta de las personas por motivos de sexo, edad, origen étnico o nacional, convicciones religiosas o filosóficas, orientación sexual o discapacidad, entre otros.

²⁰ Esta sección está dedicada al análisis de la regulación interna del asilo por motivos de SOGI en cuatro países (Bélgica, Francia, Italia y España) miembros del proyecto Rainbow Welcome! Partiendo de una breve referencia a los marcos institucionales y jurídicos de cada país, se revisa la regulación del asilo a nivel constitucional, legal y reglamentario, así como la aplicación de los tratados internacionales. También se identifican los principales organismos implicados en el proceso de asilo, así como una visión general de la recepción, el registro y la concesión del mismo.

²¹ En una sentencia dictada el 27 de mayo de 1971, el Tribunal de Casación sostuvo que todos los instrumentos internacionales y supranacionales tienen prioridad sobre los instrumentos nacionales, incluida la Constitución. Si un Reglamento de la UE entraba en conflicto con la Constitución, el Reglamento prevalecería. (Sitio web de la Justicia Europea. Bélgica).

²² Cour Constitutionnelle : arrêt 23/89 de 13 octobre 1989.



"Artículo 11. El disfrute de los derechos y libertades reconocidos a los belgas debe garantizarse sin discriminación. Para ello, la ley y el decreto garantizan, entre otras cosas, los derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas."

Además, el artículo 2 de la Ley de 22 de mayo de 2014 que modifica la Ley de 10 de mayo de 2007 relativa a la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres con el fin de ampliarla a la identidad de género y la expresión de género, es relevante para los refugiados LGBTIQ+. Establece que "se entiende por sexismo todo gesto o comportamiento que (...) tenga claramente por objeto expresar un desprecio por una persona, a causa de su sexo, o considerarla, por el mismo motivo, como inferior o reducida esencialmente a su dimensión sexual y que suponga un ataque grave a su dignidad". Aunque este artículo sólo menciona la identidad de género, debe interpretarse incluyendo la orientación sexual. Además, tanto el Decreto de la Comunidad Flamenca de 10 de julio de 2008 como el Decreto de la Comunidad Francesa de 12 de diciembre de 2008 establecen el marco de la igualdad de oportunidades y de trato. Asimismo, el Decreto de la Región Valona de 6 de noviembre de 2008, relativo a la lucha contra determinadas formas de discriminación, representa un marco de protección reforzado para proteger a las personas más vulnerables, incluidos los nacidos en el extranjero.

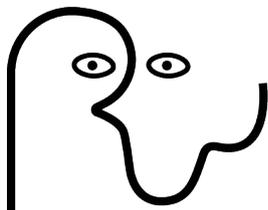
En el marco de la Constitución, la Ley de 15 de diciembre de 1980 relativa a la entrada, residencia, asentamiento y expulsión de extranjeros es la normativa más importante sobre este tema. Es conocida como **la Ley de extranjería**²³. Su artículo 48/3 establece que la condición de refugiado se otorga al extranjero que satisface las condiciones consideradas en el artículo 1A de la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; y el apartado d) del artículo 4 pide que se tenga en cuenta la SOGI al analizar los motivos de persecución.

Esta ley también incluye disposiciones relativas a la protección subsidiaria. La condición de protección subsidiaria se concede si un solicitante de asilo no cumple los criterios de la Convención de los Refugiados, pero cuando existe un riesgo real de sufrir daños graves si es devuelto a su país de origen. La legislación belga no contiene disposiciones específicas sobre el reasentamiento. No hay diferencia entre los criterios de la condición de refugiado para los solicitantes de asilo y los de los refugiados reasentados.

Los organismos de asilo belgas se inclinan por aceptar las solicitudes que invocan el miedo a la persecución por motivos de SOGI. Según Dhoest (2019), la Directiva europea de 2011 se adoptó en la legislación belga en 2013, sin embargo, las solicitudes SOGI ya se aceptaban mucho antes (p. 1080); y el elemento clave en la evaluación de las solicitudes SOGI es la credibilidad de la orientación sexual o la identidad de género, por un lado, y la persecución, por otro (p. 1081).

En Bélgica, los candidatos a refugiados pueden solicitar asistencia social en aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica de Centros Públicos de Asistencia Social de 8 de julio de 1976. Nadie discute que este artículo es aplicable a los candidatos a refugiados. Los centros de acogida abiertos deben proporcionar asistencia social a los candidatos a refugiados durante la fase de admisibilidad.

²³ Fue modificada en dos ocasiones por la Ley de 21 de noviembre de 2017 y la Ley de 17 de diciembre de 2017.

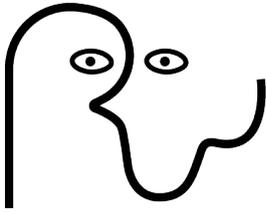


b) Organismos

Cuadro no 7
ORGANISMOS DE ASILO EN BÉLGICA

Comisionado General para los Refugiados y Apátridas (CGRA)	Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA); Commissariaat-generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS)	Agencia federal independiente destinada a ofrecer protección a las personas que corren el riesgo de ser perseguidas o de sufrir daños graves si regresan a su país de origen.
Oficina de Extranjería (OE)	Office des Étrangers (OE); Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ)	Se encarga de registrar todas las solicitudes de asilo presentadas en el territorio belga o en las fronteras.
Consejo de Litigios de Derecho de Extranjería (CCE)	Conseil du contentieux des étrangers (CCE); Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV)	Es un tribunal administrativo independiente, competente para la tramitación de los recursos contra las decisiones adoptadas por la OE (decisiones en materia de extranjería) o la CGRA (en los casos de "asilo") y contra todas las demás decisiones individuales adoptadas en virtud de la ley de 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, la residencia, el asentamiento y la expulsión de extranjeros (Ley de extranjería).
Agencia Federal de Acogida de Solicitantes de Asilo (FEDASIL)	L'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (FEDASIL); Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers (FEDASIL)	Se encarga de organizar una acogida y apoyo de calidad en los centros abiertos, la recepción y supervisión de los menores no acompañados y, además, coordina el programa de retorno voluntario.
Servicio de Tutela (SPF Justice)	Service public fédéral Justice (SPF); Overheidsdienst Justitie	Identifica a los menores extranjeros no acompañados y les nombra un tutor. A través de la Coordinadora de Menores, la CGRA trabaja en estrecha colaboración con los tutores y el SPF Justice. Está adscrita al Servicio Público Federal de Justicia para garantizar su independencia de otras instituciones como la OE (Oficina de Extranjería) que está adscrita al SPF (Servicio Público Federal).
El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Bélgica		Puede emitir un dictamen en todas las fases del procedimiento de asilo ante la OE, la CGRA o la CEC.

Fuente: elaboración propia



c) Procedimientos

El procedimiento de asilo está regulado por la **Ley de 15 de diciembre de 1980** relativa a la entrada, la residencia, el asentamiento y la expulsión de extranjeros, denominada **Ley de extranjería** de 1980 modificada por las Leyes de 21 de noviembre de 2017 y de 17 de diciembre de 2017; así como por la **Ley de 12 de enero de 2007** relativa a la acogida de solicitantes de asilo y otras categorías de extranjeros, también denominada **Ley de acogida**, modificada por la Ley de 21 de noviembre de 2017. También existe una Ley de trabajadores extranjeros (Ley de 30 de abril de 1999) y diversos decretos, directrices administrativas y reglamentos sobre los procedimientos de asilo, las condiciones de acogida, la detención y la protección de los refugiados. Los artículos 4-bis (1) y 51/5 (3) de la Ley de extranjería utilizan el término "reglamento europeo" como referencia a los criterios del Reglamento de Dublín III para determinar el Estado miembro responsable.

La solicitud puede presentarse a) en el territorio ante la OE; b) en la frontera ante la Policía Federal, y c) desde un centro de detención, en caso de que la persona ya esté detenida. La gran mayoría de los solicitantes de protección internacional en Bélgica no entran en el territorio a través de las fronteras oficiales de Schengen, como los aeropuertos, sino que se desplazan desde el país de Europa al que llegaron por primera vez a Bélgica, para buscar protección (*movimientos secundarios*).

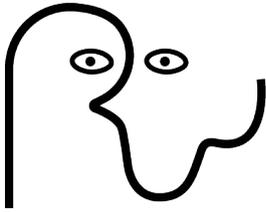
En el procedimiento ordinario, cuando la persona se encuentra en el territorio, tiene que presentar (*présente*) una solicitud a la Oficina de Inmigración, en un plazo de 8 días laborables después de la llegada. El solicitante recibe un "certificado de declaración" (*attestation de déclaration*). La OE registra la solicitud en un plazo de 3 a 10 días laborables a partir de la notificación.

El solicitante tiene que presentar (*introduit*) la solicitud inmediatamente y a más tardar 30 días después de haberla presentado. El solicitante de asilo recibe una "prueba de solicitud de asilo". La OE informa a la Oficina de la CGRA, la instancia central de asilo en Bélgica encargada del examen de la solicitud de asilo y de la concesión de la protección internacional. La OE tiene que determinar si Bélgica u otro Estado miembro es responsable de examinar la solicitud de protección internacional en virtud del Reglamento de Dublín III. Si Bélgica es el país responsable, el expediente se envía a la CGRA (REM, 2019, p. 25).

En caso de que, el solicitante de asilo no tenga conocimientos suficientes de neerlandés o francés, deberá indicar irrevocablemente y por escrito si solicita la asistencia de un intérprete. El examen se llevará a cabo en una de las dos lenguas sin ninguna preferencia ni opinión del solicitante. Siempre hay un intérprete presente que habla la lengua materna del solicitante de asilo.

El artículo 23 de la Constitución belga establece que el derecho a una vida digna implica para toda persona el derecho a la asistencia jurídica. Los artículos 39/56 y 90 de la Ley de extranjería garantizan la asistencia jurídica gratuita de un abogado a todo solicitante de asilo en todas las fases del procedimiento. La Ley de acogida también garantiza a los solicitantes de asilo un acceso eficaz a la asistencia jurídica durante el procedimiento de primera y segunda instancia (artículo 33 de la Ley de acogida).

El procedimiento de admisibilidad debe realizarse en un plazo de 15 días hábiles, aunque este plazo no se ha respetado.



“La CGRS puede declarar inadmisibile una solicitud de asilo cuando el solicitante de asilo:

- a) goza de protección en un primer país de asilo;*
- b) procede de un tercer país seguro;*
- c) goza de protección en otro Estado miembro de la UE;*
- d) es nacional de un Estado miembro de la UE o de un país con tratado de adhesión a la UE;*
- e) ha presentado una solicitud posterior sin elementos nuevos; o;*
- f) es un menor a cargo que, tras una decisión final sobre la solicitud presentada en su nombre, presenta una solicitud independiente sin justificación.” (AIDA, 2020a).*

Si hay una **decisión de inadmisibilidad**, el solicitante puede presentar un recurso en un plazo de 10 días, o de 5 días en el caso de una solicitud posterior a la detención. El recurso tiene efecto suspensivo, aparte de los casos de solicitudes posteriores. El CCE decidirá en un plazo de 2 meses en el marco del "control judicial pleno" (*plein contentieux*). (Art. 39/57(1)(3) Ley de extranjería).

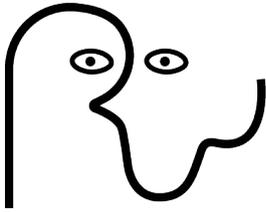
Los funcionarios de la CGRS se encargan de tramitar las solicitudes de asilo elevando la propuesta de decisión, concediendo o no la protección internacional, a la CGRS. Este proceso puede durar entre 3 y 6 meses, e incluso a veces puede prolongarse entre 9 y 12 meses más. Hay que incluir los motivos del solicitante de asilo y la palabra clave que coincida con uno de los posibles motivos de asilo en Bélgica. La lista de palabras clave está en la base de datos electrónica. Hay una palabra clave relacionada con la "orientación sexual e identidad de género". Este paso es obligatorio, por lo tanto, es fácil encontrar todas las solicitudes de asilo basadas en un temor vinculado al miedo por un motivo específico basado en la SOGI.

Según el artículo 57/6 de la Ley de extranjería, el CGRS puede dar prioridad al examen de una solicitud de asilo cuando:

- a. el solicitante esté detenido o sometido a una medida de seguridad;
- b. el solicitante esté cumpliendo una condena en un centro penitenciario;
- c. la Oficina de Inmigración o el Secretario de Estado de Asilo y Migración lo soliciten; o
- d. la solicitud de asilo es manifiestamente fundada.

La CGRS cuenta con directivas internas específicas y existe una normativa relativa a la forma de valorar la credibilidad de la orientación sexual del solicitante de asilo que invoca este motivo.

“La Directiva presenta los aspectos teóricos necesarios para comprender mejor esta cuestión, así como instrucciones prácticas y concretas para la audiencia del solicitante de asilo y la toma de decisiones. El apéndice para la evaluación de la credibilidad ayuda a los funcionarios de protección a explorar cuatro variables que pueden ayudarles a formar su opinión sobre si el solicitante de asilo es realmente homo(bi)-sexual o no. Estas variables incluyen, entre otras, la forma en que el solicitante de asilo ha tomado conciencia de su homosexualidad, su trayectoria personal –respecto a esta orientación sexual– desde la infancia, cualquier experiencia homosexual que haya tenido, etc.” (REM, 2016, p.7).



Los solicitantes de asilo tendrán que pasar por una entrevista en la que explicarán los motivos de su solicitud de asilo, si su caso encaja con la Convención de Ginebra y su definición de refugiado, existe la posibilidad de que reciban asilo (Art. 57/6 (2) de la Ley de extranjería). Según la Ley de extranjería, la entrevista puede omitirse cuando: i) la CGRA pueda conceder la condición de refugiado sobre la base de los elementos del expediente; ii) la CGRA considere que el solicitante no puede ser entrevistado debido a circunstancias permanentes ajenas a su voluntad; o iii) cuando la CGRA considere que puede tomar una decisión sobre una solicitud posterior basada en los elementos del expediente (artículo 57/5-ter (2) de la Ley de extranjería).

Si hay una **decisión positiva**, el asilo dura un tiempo ilimitado. Si el caso de asilo es rechazado, se puede presentar un recurso judicial ante la CCE contra la decisión en un plazo de 30 días, y el plazo se reduce a 10 días cuando el solicitante está detenido (artículo 39/57(1) de la Ley de extranjería). La CCE no tiene poderes de investigación; sus procedimientos se basan en expedientes y documentos escritos y se trata de una "revisión judicial completa" (*plein contentieux*) que le permite reevaluar los hechos. Según el artículo 39/2 de la Ley de extranjería, la CCE puede tomar una de las tres decisiones posibles:

- a) confirmar la decisión negativa de la CGRA;
- b) anularla concediendo la condición de refugiado o de protección subsidiaria; o
- c) anular la decisión y devolver el caso a la CGRA para que siga investigando.

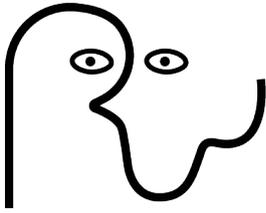
El CCE tiene tres meses para tomar una decisión, aunque normalmente tarda más (*artículo 39/76 (3) de la Ley de extranjería*). Mientras tanto, el solicitante de asilo puede recibir protección subsidiaria, que sólo concede la residencia en el país durante un tiempo limitado. Una vez transcurrido el plazo, tendrá que abandonar el país y se le puede animar a que lo haga a través del "retorno voluntario", en el que se le dará algo de dinero para que regrese a su país. (Sitio web de INFOMIGRANTES, 2017).

El solicitante de asilo puede permanecer en un centro de acogida hasta dos meses después de que se le conceda el asilo. Los refugiados también reciben comidas, alojamiento y apoyo médico y psicológico.

En un plazo de 30 días naturales tras la decisión de apelación, es posible presentar un "recurso de casación", es decir, un recurso de apelación contra las decisiones del Tribunal ante el Consejo de Estado, que es el Tribunal Supremo Administrativo belga (artículo 39/67 de la Ley de extranjería). Tras un examen de admisibilidad, el Consejo de Estado toma una decisión. Si se anula ("quashed"), entonces, el caso se devuelve al CEE para una nueva decisión de la CGRA.

En las fronteras y zonas de tránsito, la Policía Federal se encarga del control de la inmigración, en estrecha colaboración con la Sección de Control de Fronteras de la OE. Bélgica no dispone de una autoridad de vigilancia de fronteras. Si la persona que pretende entrar en el territorio no tiene un documento de viaje exigido, es rechazada y sometida a una "devolución". Esta última se suspende si la persona solicita asilo.

La solicitud de asilo será examinada por la CGRA mientras el solicitante permanece detenido en un centro cerrado situado en la frontera. Esta solicitud sigue el procedimiento ordinario. Sin embargo, si la CGRA no ha tomado una decisión en el plazo de cuatro semanas, el solicitante es admitido en el territorio. Si sigue existiendo un motivo de detención, el solicitante puede ser detenido "en el territorio" bajo otro título de detención. Si hay un rechazo, entonces, la persona tiene que ser devuelta por la

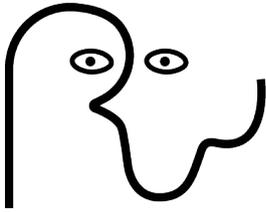


compañía aérea que la trajo a Bélgica, según la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1994.

Además, según el apartado 1 del artículo 57/6/1 de la Ley de extranjería, existe un "**procedimiento acelerado**" en los casos en que el solicitante:

- *"Solo plantea cuestiones irrelevantes para la protección internacional,*
- Procede de un país de origen seguro;
- Ha engañado a las autoridades presentando información o documentos falsos u ocultando información o documentos relevantes relativos a su identidad y/o nacionalidad que puedan tener un impacto negativo en la decisión;
- Ha destruido o se ha deshecho de mala fe de un documento de identidad o de viaje que habría ayudado a establecer su identidad o nacionalidad;
- Ha hecho declaraciones claramente incoherentes, contradictorias, claramente falsas o manifiestamente improbables que contradicen la información sobre el país de origen suficientemente verificada, lo que hace que su solicitud sea claramente poco convincente;
- Ha presentado una solicitud subsiguiente admisible;
- Ha presentado una solicitud con el único fin de retrasar o frustrar la ejecución de una decisión de expulsión anterior o inminente;
- Ha entrado en el territorio de forma irregular o ha prolongado su estancia de forma irregular y, sin motivos justificados, no se ha presentado o solicitado lo antes posible;
- Se niega a cumplir la obligación de tomar sus huellas dactilares; o
- Pueda considerarse, por razones graves, un peligro para la seguridad nacional o el orden público, o haya sido expulsado por la fuerza por razones graves de seguridad nacional u orden público" (AIDA, s.f.a)

La CGRA debe decidir sobre la solicitud en un plazo de 15 días laborables. Si considera que la solicitud es "manifiestamente infundada", la orden de abandonar el territorio es válida entre 0 y 7 días en lugar de 30 días (artículo 57/6/1(2) de la Ley de extranjería). El recurso debe resolverse en un plazo de 10 días y tiene efectos suspensivos. (Artículo 39/57(1) (2) de la Ley de extranjería).



Francia se rige por la Constitución de la V República, aprobada el 4 de octubre de 1958, con recientes reformas en 2008. El sistema jurídico francés sigue la tradición del *Derecho Civil*, basado en gran medida en estatutos, códigos y reglamentos escritos y codificados. Tiene dos ramas: el derecho público (*Droit public*) y el derecho privado (*Droit privé*).

Existe una jerarquía de normas con la Constitución en la cima como ley suprema.

- Ley orgánica (*loi organique*, que aprueba los actos institucionales afines a la Constitución)
- Ley ordinaria (*loi ordinaire*, votada por el Parlamento en relación con su mandato específico)
- Ordenanzas (*Ordonnance*, medidas adoptadas por el gobierno para el funcionamiento del país)
- Reglamentos (*Règlements*, dictados por el poder ejecutivo mediante *décrets* y *arrêtes*)

Los tratados y leyes de la UE son superiores a las leyes nacionales, pero están bajo la Constitución según las decisiones de los tribunales. El artículo 55 de la Constitución especifica el lugar de los tratados en la jerarquía de las normas, pasando de un valor legislativo a uno supralegislativo.

La jurisdicción francesa se divide en dos ordenanzas: una administrativa y otra judicial. Se basan en un conjunto de principios, como la imparcialidad y el derecho de recurso, que garantizan las libertades fundamentales.

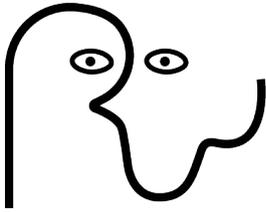
Los tribunales administrativos son competentes aplicando el Derecho Público. En el orden judicial, los tribunales son competentes para resolver los litigios entre particulares y para sancionar a los autores de infracciones penales. Los procesos se inician en los Tribunales Administrativos (*Tribunaux administratifs*) como primera instancia; existen Tribunales Administrativos de Apelación (*Cour de cassation*) como segunda instancia, y es posible recurrir ante el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*).

El Consejo Constitucional (*Conseil constitutionnel*) supervisa la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, así como las elecciones nacionales, y responde a las preguntas de los ciudadanos sobre la constitucionalidad de las leyes. El control de constitucionalidad se realiza principalmente a priori, con varias posibilidades de recurso. Sin embargo, desde la reforma constitucional de 2008, es posible realizar una revisión a posteriori de la constitucionalidad de las leyes a través de una "Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad".

a) El derecho de asilo por motivos de SOGI

El derecho de asilo está reconocido por el llamado Bloque de Constitucionalidad, es decir, las principales normas en el plano constitucional: la Constitución de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta del Medio Ambiente de 2004. Esto fue decidido por una decisión histórica tomada por el Consejo Constitucional en 1971 (71-44DC).

Este derecho se incorporó por primera vez en la Constitución de 1793: "el pueblo francés da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por la causa de la Libertad" (*le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur Patrie pour la causa de la Liberté*). El artículo 53-1 de la Constitución del 4 de



octubre de 1958, actualmente en vigor, reconocía la competencia de la República para examinar y conceder asilo, así como para firmar acuerdos con otros países sobre este tema. No hay una mención explícita sobre los casos relativos a la SOGI.

"Artículo 53-1

La República podrá celebrar acuerdos con los Estados europeos que estén vinculados por compromisos idénticos a los suyos en materia de asilo y de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, con el fin de determinar su competencia respectiva en relación con las solicitudes de asilo que se les presenten. No obstante, aunque la solicitud no sea de su competencia en virtud de dichos acuerdos, las autoridades de la República seguirán estando facultadas para conceder asilo a todo extranjero perseguido por su acción en pos de la libertad o que solicite la protección de Francia por otros motivos." (Conseil Constitutionnel, s.f.a, p. 23).

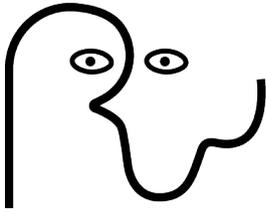
Además, el artículo 4 del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 establece que *"todo hombre perseguido por su acción en favor de la libertad tiene derecho de asilo en los territorios de la República"*. Este artículo establece la "protección no convencional" en Francia, es decir, el asilo constitucional tiene una base distinta del derecho internacional de los refugiados, por lo que Francia puede concederlo de forma discrecional. Sin embargo, hasta la fecha no se han registrado casos concretos de demanda.

El Bloque Constitucional no menciona explícitamente la orientación sexual o la identidad de género. Sin embargo, la Constitución garantiza el principio de no discriminación en su artículo 1 *"Francia (...) garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin distinción de origen, raza o religión..."*. El derecho de asilo por motivos de SOGI puede derivarse de las reivindicaciones de ese artículo.

Este artículo está en plena consonancia con el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que tiene valor constitucional en Francia: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en consideraciones de bien común" (Conseil Constitutionnel, s.f.b).

La Convención sobre los Refugiados de 1951 fue ratificada por Francia el 11 de septiembre de 1952, y sus protocolos también fueron ratificados posteriormente. Su artículo 3 establece el principio de no discriminación. A pesar de que esta Convención no contempla explícitamente la discriminación basada en la SOGI, la jurisprudencia francesa ha permitido proteger las solicitudes por motivos de SOGI por la "pertenencia a un determinado grupo social". En un primer momento, reconoce la protección a las personas "transexuales", y, se amplió a los homosexuales (CE, Ourbih, 23 de junio de 1997 y CRR, SR, 15 de mayo de 1998, 269875, M. O.).

La CESEDA reconoce en su artículo L711-1 la condición de refugiado en los mismos términos de la Convención de Refugiados de 1951; y el artículo L711-2 menciona explícitamente que "en relación con los motivos de persecución, se tendrán debidamente en cuenta los aspectos de sexo, identidad de género y orientación sexual a efectos de reconocer la pertenencia a un determinado grupo social o identificar una característica de dicho grupo". En este caso, la identificación de un grupo social se produce cuando se cumplen dos condiciones acumulativas. Los miembros del grupo deben compartir una característica fundamental. El grupo debe ser socialmente visible en el país de origen del solicitante.



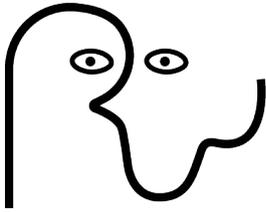
En este punto, la Corte Nacional de Asilo (en adelante CNDA) ha precisado que la homosexualidad constituye una característica objetiva. Desde 2014, la persecución sólo debe tener lugar en una "escala suficientemente significativa"²⁴.

Cuando una persona no cumple las condiciones para obtener la condición de refugiado, pero existen razones serias y probadas para creer que correría un riesgo real de sufrir, en su país, el daño de ser ejecutado o sometido a una sentencia de muerte; ii) la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes; iii) en el caso de un civil, una amenaza grave e individual a su vida o a su persona por razón de la violencia que puede extenderse a las personas independientemente de sus circunstancias personales y que resulta de una situación de conflicto armado interno o internacional.

En el contexto de las solicitudes de asilo por motivos de SOGI, la "protección subsidiaria parece útil en tres hipótesis distintas, cuando no se cumplen las condiciones para ser reconocido como refugiado:

- 1. Es pertinente cuando las autoridades reconocen el riesgo de que se produzcan graves violaciones de los derechos del solicitante debido a su orientación sexual si regresa a su país de origen, pero no existen motivos de persecución para aprehender su situación.*
- 2. Las autoridades conceden protección subsidiaria cuando la orientación sexual no está claramente establecida, pero existen pruebas de violencia contra los solicitantes.*
- 3. Las autoridades reconocen la protección subsidiaria a los solicitantes que son efectivamente homosexuales o bisexuales y que se enfrentan a graves violaciones de sus derechos al regresar a su país de origen, pero para los que no se establece el vínculo entre ellos y la orientación sexual." (CERSA, 2020, p.59).*

²⁴ CNDA, 29 de noviembre de 2013, No. 13018952, M.M.



b) Organismos

Cuadro no 8
ORGANISMOS DE ASILO EN FRANCIA

Oficina de Protección de los Refugiados y Apátridas (OFPRA)	Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA)	Es la principal autoridad para los procedimientos de asilo. Su División de Fronteras (Division de l'asile à la frontière) se encarga de recibir y decidir la solicitud en la frontera del país. Es responsable de determinar la condición de refugiado y del procedimiento acelerado. Está bajo la autoridad del ministro responsable del asilo.
Prefectura	The Préfecture	Representa al Estado en los territorios. Es responsable de la aplicación local del plan nacional, de la aplicación en el territorio así como del procedimiento de Dublin.
Oficina Francesa de Inmigración e Integración (OFII)	Office Français de l'Immigration et l'Intégration (OFII)	Es la autoridad competente para recibir las solicitudes en el territorio.
Tribunal Nacional de Asilo	Cour Nationale du Droit d'Asile (CNDA)	Como jurisdicción administrativa especial, es la autoridad competente para los recursos de asilo, con la posibilidad de recurrir al Consejo de Estado (Conseil d'Etat).

Fuente: elaboración propia

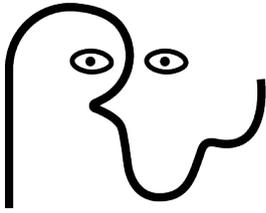
c) Procedimientos

Los procedimientos de asilo están regulados por el Código de Regulación de la Entrada y Residencia de Extranjeros y del Derecho de Asilo (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*), llamado CESEDA, en vigor desde el 1 de marzo de 2005. Existe, además, un conjunto de decisiones, órdenes y circulares de aplicación del asilo.

El procedimiento de presentación y seguimiento de las solicitudes de asilo es nacional. Sigue varias etapas. La solicitud de asilo puede presentarse a) en la frontera, b) en el territorio, o c) desde un centro de detención administrativa.

En el territorio, el solicitante de asilo debe dirigirse a la Plataforma de primera acogida de solicitantes de asilo - PADA (*Plateforme de premier accueil des demandeurs d'asile*), una organización independiente (normalmente una asociación) que es la plataforma local de orientación competente para centralizar las solicitudes de asilo. La PADA no toma ninguna decisión, sólo informa a los solicitantes sobre los procedimientos y los acompaña.

La solicitud se registra en la Ventanilla Única para solicitantes de asilo - GUDA (*Guichet unique pour demandeur d'asile*) de la Prefectura, y el solicitante recibe una certificación de solicitud de asilo, equivalente a un permiso de residencia temporal. El expediente completo debe enviarse a la OFPRA en francés en un plazo de 21 días a partir de la emisión del certificado de solicitud de asilo.



En relación con el llamado procedimiento de Dublín, se aplican modalidades especiales para los solicitantes de asilo que hayan presentado una primera solicitud en otro país de la UE. El solicitante recibirá un certificado de solicitud de asilo, pero no podrá presentar su solicitud ante la OFPRA si otro Estado acepta la responsabilidad de su solicitud de asilo. El solicitante no puede viajar a otros Estados miembros. Si Francia es el primer país de solicitud, los solicitantes de asilo reciben una certificación de solicitud de asilo con esa especificación. En cualquier caso, pueden viajar a cualquier otro país de los Estados miembros.

Cuando se presenta una solicitud en la frontera o desde un centro de detención, no se entrega la certificación de solicitud de asilo.

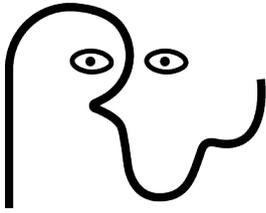
La OFPRA realiza una entrevista confidencial al solicitante para identificar cualquier necesidad especial de acogida. La entrevista es confidencial y no puede referirse a los motivos de la solicitud de asilo. Se elaborará una lista de preguntas para orientar al solicitante hacia un lugar de acogida adecuado. El solicitante de asilo puede estar acompañado por una tercera persona que no puede intervenir durante la entrevista, salvo para formular preguntas al final. Estas preguntas se derivan de las vulnerabilidades identificadas por el CESEDA. A menudo es difícil demostrar la orientación sexual o la identidad de género del solicitante. En general, el apoyo de las organizaciones LGBTIQ+ puede ser importante y decisivo. La historia de vida es extremadamente importante y el solicitante será interrogado al respecto.

"En la práctica, la evaluación suele abarcar la verificación de la credibilidad del relato; los informes de las entrevistas contienen comentarios sobre relatos estereotipados, imprecisos o incoherentes sobre cuestiones como la orientación sexual del solicitante, con falta de pruebas escritas. Esta práctica de examinar de facto la solicitud según los méritos, es extremadamente problemática." (AIDA, 2020b, p. 62).

Cuando la OFPRA va a tomar una decisión positiva o cuando existe una situación médica, no se realizan las entrevistas. El artículo L723-5 permite a la oficina pedir a la persona solicitante de asilo que se someta a un examen médico. El hecho de que la persona se niegue a someterse a este examen médico no impide que la oficina decida sobre su solicitud. Los certificados médicos son considerados por la Oficina junto con los demás elementos de la solicitud. El certificado médico puede proporcionar una prueba rápida de la violencia sufrida, especialmente cuando la violencia puede haber sido sexual, por ejemplo, en el contexto de la prostitución forzada.

Con frecuencia, un funcionario de la OFPRA se desplaza a los departamentos para realizar la entrevista individual tras la cual se decidirá la solicitud de asilo. A continuación, se emite una decisión positiva o negativa. La decisión se envía al solicitante de asilo. Cuando se produce una decisión negativa, el solicitante tiene dos posibilidades: i) recurrir a la CNDA; o ii) solicitar una reconsideración aportando nueva información.

En el plazo de un mes desde la notificación de la decisión de la OFPRA al solicitante, éste puede presentar un recurso ante la CNDA con efecto suspensivo automático. Cuando la decisión se refiere a una solicitud introducida desde la detención, o se trata de una decisión de inadmisibilidad, los recursos no tienen efecto suspensivo. La CNDA puede anular la decisión de primera instancia y conceder la condición de protección subsidiaria o de refugiado. En los demás casos, la CNDA confirma la decisión de primera instancia de la OFPRA.



Es posible un recurso ante el Consejo de Estado en un plazo de 2 meses tras la notificación de la decisión de la CNDA. El análisis se basa únicamente en cuestiones jurídicas como el procedimiento correcto y la aplicación de las leyes. El Consejo puede anular la decisión de la CNDA y exigir un nuevo procedimiento, o también puede decidir fallar él mismo.

Cuando la solicitud se presenta en la frontera, la Unidad de Fronteras de la OFPRA entrevista a los solicitantes de asilo y formula un dictamen vinculante. El Ministerio del Interior debe autorizar la entrada con la única excepción de la amenaza a la seguridad nacional. Cuando la entrevista demuestra que la solicitud es "manifiestamente infundada" por ser irrelevante o carecer de credibilidad, la Unidad de Fronteras deniega la entrada. Esta denegación puede ser recurrida ante el Tribunal Administrativo en las 48 horas siguientes. Si no se admite este recurso, el solicitante de asilo puede ser expulsado del país.

Al solicitante de asilo autorizado a entrar en el territorio se le concede un visado temporal de 8 días. Durante este tiempo, debe solicitar una cita al PADA y la Prefectura se encarga de conceder a la persona una certificación de solicitud de asilo para continuar con el procedimiento regular ante la OFPRA.

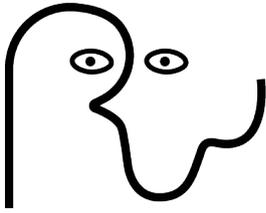
El artículo L. 723-2 de la CESEDA establece la posibilidad de un procedimiento acelerado en diversos casos (AIDA, s.f.b).

Es automático cuando el solicitante procede de un país de origen seguro (artículo L722-1) o la solicitud posterior del solicitante no es inadmisibles. La homosexualidad puede no estar penalizada en el país de origen, pero el Estado, fallando o no, no está en condiciones de proteger a las personas LGBTIQ+. El procedimiento acelerado puede seguirse cuando la Prefectura informa de que el solicitante de asilo se niega a que se le tomen las huellas dactilares; el solicitante de asilo ha falsificado su identidad, la solicitud no se ha registrado en los 90 días siguientes a la entrada del extranjero en el territorio francés; la solicitud sólo se ha presentado para evitar una orden de expulsión notificada o inminente; o por razones de orden público, seguridad pública o seguridad nacional.

Según el artículo L722-1, diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil pueden presentar al Consejo de Administración una solicitud de inclusión o supresión de un Estado en la lista de países considerados como países de origen seguros. El concepto de "orientación sexual" se introdujo en la reforma de 2018, pero la lista de países de origen seguros aún no se ha revisado para incluir esta nueva norma y algunos de los llamados países seguros penalizan la homosexualidad. Sin embargo, se mencionan explícitamente algunas asociaciones, pero no se menciona ninguna asociación para la protección de los derechos LGBTIQ+.

La OFPRA está autorizada a pasar a un procedimiento acelerado cuando i) el solicitante de asilo ha falsificado su identidad o sus documentos de viaje; ii) la información es irrelevante cuando se le da información de apoyo; o el solicitante de asilo ha sido manifiestamente contradictorio e incoherente.

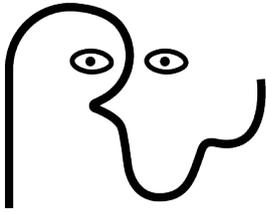
Según el artículo L744-6, tras la presentación de una solicitud de asilo, la OFPRA es responsable de realizar, "en un plazo razonable y tras una entrevista personal con el solicitante de asilo, una evaluación de la vulnerabilidad del solicitante de asilo para determinar, en su caso, sus necesidades especiales de acogida". También establece que "En la aplicación de los derechos



de los solicitantes de asilo y durante todo el período de examen de su solicitud, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas vulnerables." La ley no hace referencia a la vulnerabilidad por razón de orientación sexual o identidad de género, por lo que tampoco es tenida en cuenta por la OFII. "Como la Ceseda no hace referencia a la vulnerabilidad por razón de la orientación sexual o la identidad de género, esto no es tenido en cuenta por la OFII. En la práctica, las personas LGBTI se enfrentan a fuertes dificultades cuando la OFII no les proporciona alojamiento, ya que la mayoría de las veces no encuentran apoyo en sus comunidades nacionales". (AIDA, 2020b, p.112-113).

El solicitante de asilo tiene derecho a beneficiarse de las condiciones materiales de acogida, que incluyen el alojamiento en un centro de acogida para solicitantes de asilo (CADA) o en un centro de acogida de urgencia, para él, y si procede, sus familiares; una asignación mensual para solicitantes de asilo (ADA), cuyo importe se adaptará a la composición de la familia; y la cobertura médica presentando el justificante de su solicitud de asilo y la prueba de residencia en Francia durante más de tres meses.

Los lugares de alojamiento son los centros de acogida para solicitantes de asilo (*Centre d'accueil de demandeurs d'asile - CADA*) y todos los alojamientos de urgencia para solicitantes de asilo (*Hébergement d'Urgence des Demandeurs d'Asile - HUDA, Accueil temporaire - Service de l'Asile - AT-SA, PRAHDA, Centres d'accueil et d'orientation - CAO*). Las plazas de alojamiento están financiadas y coordinadas por el Estado. La mayoría de las veces son gestionadas por asociaciones (Guía del solicitante de asilo, 2020).



ITALIA

La Constitución de 1948 (*La Costituzione della Repubblica Italiana*) es la ley suprema del sistema jurídico italiano, que adopta la forma de derecho civil continental.

Las leyes (*leggi*) promulgadas por el Parlamento, los códigos (*codici*) y las leyes regionales (*leggi regionali*) están bajo el nivel de la Constitución y deben seguirla. Las leyes parlamentarias proceden de la Cámara de los Diputados (*Camera dei Deputati*) y del Senado (*Il Senato*) y deben cumplirse en todo el territorio. Las leyes regionales deben cumplirse en el territorio específico según la competencia regional.

Hay dos excepciones al procedimiento legislativo normal: i) los decretos legislativos (*decretos legislativi*), cuando el Parlamento delega el ejercicio de la función legislativa en el Gobierno por un periodo limitado; y ii) los decretos de ley (*Decreto legge*) dictados por el Poder Ejecutivo en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, adoptando medidas provisionales con fuerza de ley. Estos decretos de ley pierden su fuerza a menos que sean convertidos en ley por el Parlamento en un plazo de 60 días.

El Poder Ejecutivo se encarga de los reglamentos (*regolamenti*) y también se reconoce el derecho consuetudinario (*usi e consuetudini*).

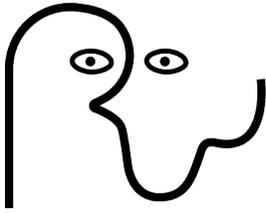
Según la jerarquía de las fuentes, una ley no debe contradecir la Constitución y cualquier ley sublegislativa no debe contradecir una norma anterior. Los tratados internacionales se reconocen como derecho interno y la condición de los extranjeros se regula por ley según el marco jurídico internacional.

La protección de los derechos humanos está garantizada por la aplicación directa, reconocida constitucionalmente, de los convenios y tratados internacionales. La ley italiana en conflicto con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por un tratado internacional se considera inconstitucional.

a) El derecho de asilo por motivos de SOGI

La Constitución italiana establece la base de la protección de los derechos humanos y la prohibición de la discriminación (artículos 2 y 3), pero no incluye explícitamente la SOGI, aunque el Tribunal Constitucional, que es competente en todas las cuestiones de incumplimiento de la Constitución, aclaró que la noción de "grupos sociales en los que se desarrolla la personalidad humana" incluye la "unión homosexual, como una coexistencia estable entre dos personas del mismo sexo, a las que se les reconoce el derecho fundamental a vivir libremente una condición de pareja"²⁵.

²⁵ Sentencia de 14 de abril de 2010 no 138.



El artículo 10 (3) de la Constitución italiana establece que "el extranjero al que no se le concede en su país la libertad democrática garantizada por la Constitución italiana, tiene derecho de asilo en el territorio de la República según las condiciones establecidas por la ley".

Las principales normativas sobre ciudadanía e inmigración son la Ley de ciudadanía Italiana del 5 de febrero de 1992, no 91 (Ley de ciudadanía) y el Decreto Legislativo no 286/1998, de 25 de julio, por el que se refunden las disposiciones relativas a las normas sobre inmigración y condiciones de los extranjeros (Ley Refundida - TUI). El Decreto Legislativo 251/2007 de 19 de noviembre, llamado Decreto de calificación, aplica la Directiva 83/2004/CE de la UE.

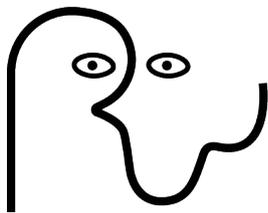
En 2018, el gobierno italiano aprobó el Decreto de seguridad pública (*// Decreto Sicurezza*) de 4 de octubre de 2018 no 113, que modifica varias leyes en Italia. Debido a que los decretos fueron promovidos por el ex ministro del Interior Matteo Salvini, también son bien conocidos como "el Decreto Salvini". Se convirtió en la Ley no 132, el 1 de diciembre de 2018. Esta última define que las medidas administrativas, legislativas y judiciales que discriminan a las personas LGBT constituyen una forma de persecución, que es una de las disposiciones fundamentales para obtener la condición de refugiado (artículo 17).

El Decreto de seguridad suprimió la palabra "humanitaria" de la Ley de ciudadanía, e introdujo la "protección especial", una alternativa coja que, por voluntad expresa del legislador, no podía convertirse en permiso de trabajo y duraba solo un año. "Antes del Decreto, los permisos de protección humanitaria se concedían en los casos en los que las personas no podían optar a la condición de refugiado ni a la protección subsidiaria, pero no podían ser expulsadas del país debido a una situación personal objetiva y grave" (CE, s.f.a). Esto fue abolido por los Decretos de Salvini.

En octubre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó la modificación de los Decretos de seguridad a través del llamado Decreto de inmigración, Decreto Ley 130/2020, publicado el 21 de octubre y que entró en vigor el 22 de octubre. El proceso de acogida ha cambiado radicalmente, restableciendo la protección humanitaria. Se restablece el permiso de residencia por razones humanitarias que estaba previsto en el Texto Refundido de la Ley de inmigración de 1998. El artículo 1 del decreto también introduce un nuevo principio de no devolución o repatriación a un Estado en el que se violen sistemáticamente los derechos humanos e impide la repatriación de quienes tengan una vida consolidada en Italia (Camilli, 2020).

Además, en los últimos años, un conjunto de decisiones judiciales en los tribunales nacionales e internacionales ha reconocido el derecho de asilo por motivos de SOGI²⁶. Los jueces nacionales han interpretado la legislación de acuerdo con los tratados internacionales, especialmente en lo que respecta a la definición de refugiado cuando se presentan solicitudes basadas en la orientación sexual. Por ejemplo, el Tribunal de Casación italiano sostiene que la sola existencia de una ley penal que castiga las conductas sexuales entre personas del mismo sexo obstaculiza el "derecho fundamental a vivir

²⁶ Por ejemplo: Hombre gay de Pakistán contra Italia. El Tribunal de Roma, en enero de 2021; Hombre gay de Costa de Marfil c. Italia. El Tribunal Supremo de Casación italiano en abril de 2019; Oliari y otros c. Italia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de julio de 2015; El Tribunal Supremo italiano. Decisión del Tribunal de Casación 18 de abril de 2012, n. 11586; Hombre de Gambia c. el Ministro del Interior, Tribunal de Venecia, 4 de marzo de 2016; Hombre de Pakistán c. el Ministro del Interior, Tribunal de Bari, 4 de diciembre de 2014; Hombre de Nigeria c. el Ministro del Interior de Italia, Tribunal de Nápoles, 25 de octubre de 2013; y Hombre de Egipto c. la Jefatura de Policía de Italia, Tribunal de Roma, 18 de noviembre de 2011. (Información sobre asistencia jurídica a los refugiados para los abogados que representan a los refugiados en todo el mundo, s/f; ANSA, 2019; Burdeau, 2021).



libremente su vida sexual y afectiva", convirtiéndose en una grave interferencia en su vida privada²⁷ (SOGICA, s.f.b).

En Italia, existen tres formas de protección: i) la condición de refugiado, ii) la protección subsidiaria y iii) el derecho a un permiso de residencia humanitario.

b) Organismos

Cuadro no 9
ORGANISMOS DE ASILO EN ITALIA

Oficina de Inmigración	Ufficio Immigrazione	Recibe la solicitud en el territorio.
Policía Fronteriza	Polizia di Frontiera.	Recibe la solicitud en la frontera.
Unidad de Dublín, Ministerio del Interior	Unità Dublino, Ministero dell' Interno	Encargado de decidir sobre las solicitudes en virtud de las normas de Dublín.
Comisión Territorial para el Reconocimiento de la Protección Internacional	Commissioni Territoriali per il Riconoscimento della Protezione Internazionale.	Tiene poderes de decisión sobre la revocación y el cese de la condición de protección internacional; también tiene tareas de orientación y coordinación de las comisiones territoriales, formación y actualización de los miembros de las mismas, recogida de datos estadísticos, creación y actualización de información sobre los países de origen de los solicitantes de asilo.
Tribunal Civil	Tribunale civile	Decide los recursos.
Tribunal de Casación	Corte di Cassazione	Decide los recursos posteriores.

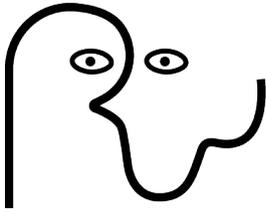
Fuente: elaboración propia

c) Procedimientos

En Italia, existe una variedad de procedimientos, regulados principalmente por el Decreto Legislativo no 25 de 28 de enero de 2008 "Aplicación de la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado", llamado "Decreto de procedimiento".

La solicitud de asilo puede realizarse en la oficina de la policía de fronteras (Polizia di Frontiera) o en el territorio en la oficina provincial de inmigración (*Ufficio immigrazione*) de la Policía (*Questura*). El Decreto Legislativo no 142 de 2015, llamado "Decreto de acogida", aplica la Directiva 2013/33/UE sobre las normas de acogida de los solicitantes de asilo y la Directiva 2013/32/UE sobre los procedimientos comunes de reconocimiento y revocación de la condición de protección internacional.

²⁷ Tribunal de Casación, 20 de septiembre de 2012, no 15981.



En la frontera o en las zonas de tránsito, la solicitud debe presentarse oralmente y, después, formalmente (*verbalizzazione*) a la Policía de fronteras (*Questura*). La Policía no puede examinar los méritos del asilo aparte. Después de las reformas de 2018, la Policía puede declarar la solicitud posterior automáticamente inadmisibile. Durante el registro la Policía se pone en contacto con la Unidad de Dublín del Ministerio del Interior para verificar si Italia es responsable de su examen. En la región de Friuli-Venezia Giulia, la Policía no procede a la presentación de la solicitud si el Reglamento de Dublín es aplicable. Una vez recibida la solicitud, la Policía envía el registro formal y la documentación a las Comisiones Territoriales o Subcomisiones de Protección Internacional. Se notifica al solicitante de asilo la fecha de la entrevista ante la Comisión Territorial (AIDA, s.f.c).

El procedimiento fronterizo también se aplica a los solicitantes de asilo que proceden de un País de Origen Seguro designado (*Artículo 28-bis (1-ter) Decreto de Procedimiento, modificado por el Artículo 9 (1) Decreto Ley 113/2018*). Albania, Argelia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Norte, Marruecos, Montenegro, Senegal, Serbia, Túnez y Ucrania están en la lista de países aprobados por el Ministerio de Asuntos Exteriores (Decreto de 4 de octubre de 2019).

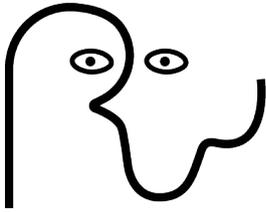
Según el Texto Refundido de la Ley de inmigración (TUI), modificado por la Ley 46/2017, los extranjeros detenidos por cruzar irregularmente la frontera interior o exterior o llegados a Italia tras ser rescatados en el mar son dirigidos a los "puntos de crisis" adecuados y a los centros de primera acogida. Si no es posible identificar la nacionalidad de las personas detenidas, se introducen en las instalaciones de los puntos calientes para su identificación. Los Procedimientos Operativos Estándar (POE) de febrero de 2016 establecen que el uso de la fuerza respetará plenamente la integridad física y la dignidad de la persona.

En el territorio, el procedimiento ordinario comienza cuando el solicitante de asilo presenta una solicitud a la Comisión Territorial. El solicitante de asilo debe presentar su solicitud en un plazo de 8 días a partir de su llegada a la oficina de la policía de fronteras o, dentro del territorio, a la Oficina de Inmigración.

Dentro de los 30 días siguientes a la solicitud, la Comisión Territorial realiza una entrevista, toma fotografías (*fotosegnalamento*) y decide en los 3 días hábiles siguientes. Se pueden hacer algunas prórrogas si necesita recoger más información, por la complejidad de la situación o por el número de solicitudes. Como excepción, la Comisión Territorial puede tardar hasta 18 meses en completar el procedimiento.

Si el solicitante abandona el centro de acogida sin ninguna justificación o se ausenta del RCP o de los puntos de acceso, la Comisión Territorial suspende el examen de la solicitud por considerar que el solicitante no está localizable (*irreperibile*) (*Artículo 23-bis del Decreto de Procedimiento, insertado por el artículo 25 del Decreto de acogida*). El solicitante puede pedir una reapertura en un plazo de 12 meses a partir de la decisión.

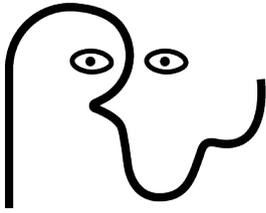
Un procedimiento acelerado es posible en algunos casos identificados por el Presidente de la Comisión Territorial (*Artículo 28 (1)(c) y (1-bis) Decreto de Procedimiento*). Además, el Decreto Ley 113/2018 modificó el Decreto de procedimiento introduciendo el "procedimiento inmediato": a) cuando el solicitante es objeto de investigación por delitos que pueden desencadenar la exclusión de la protección internacional, y se aplican los motivos de detención en un CPR; y b) cuando el solicitante ha sido condenado, incluso por una sentencia no definitiva, por delitos que pueden desencadenar la exclusión de la protección internacional.



La Comisión Territorial puede decidir conceder la condición de refugiado, la protección subsidiaria o recomendar a la Policía (*Questura*) la expedición de un permiso de residencia de "protección especial" de un año.

Los solicitantes de asilo pueden recurrir una decisión negativa en un plazo de 30 días ante el Tribunal Civil especializado (Decreto Ley 13/2017). Cuando el solicitante está detenido o bajo el procedimiento acelerado (28-bis (2) del Decreto de Procedimiento), la Comisión Territorial sólo tiene 15 días para presentar un recurso (*Artículo 19 (3) LD 150/2011*). La decisión negativa del Tribunal Civil puede ser recurrida ante el Tribunal de Casación como etapa final (*Decreto Ley 13/2017*).

El Sistema de protección para beneficiarios de protección y menores no acompañados (*Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati, SIPROIMI*) se implementó en 2018, sustituyendo al Sistema de protección para refugiados y solicitantes de asilo (*Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, SPRAR*). No hay diferencia entre un solicitante de asilo y la persona beneficiaria de protección internacional. Los niños no acompañados tienen acceso inmediato al SIPROIMI, y las víctimas de la trata, de la violencia doméstica y de la explotación particular, las personas con tratamiento médico, o por calamidad natural en el país de origen, o por actos de especial valor civil pueden ser acogidas por las autoridades locales (Decreto Ley 416/1989, desarrollado por la Ley 39/1990, y Decreto Ley 113/2018).



ESPAÑA

España es un Estado unitario y descentralizado con gobiernos territoriales autónomos (*Comunidades Autónomas y Administraciones Locales*).

El sistema jurídico español se basa en la tradición del *Derecho Civil*. La Constitución de 1978 es la ley suprema. De acuerdo con la jerarquía normativa, cualquier norma inferior a la Constitución debe seguir sus principios, de lo contrario no es válida (artículo 1.2. del Código Civil). Los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno, incluidos los de la UE.

Por debajo de la Constitución, hay una variedad de dispositivos jurídicos: los tratados internacionales, la Ley Orgánica, la Ley Ordinaria y otras del mismo nivel (Real Decreto Ley y Real Decreto Legislativo), y después, hay normas del Poder Ejecutivo (el Real Decreto, la Orden Ministerial, etc.).

En cuanto al Principio de mandato territorial, las Comunidades Autónomas pueden dictar sus propios Decretos Autonómicos, Ordenanzas Autonómicas, etc. Estas normas son válidas dentro del territorio correspondiente.

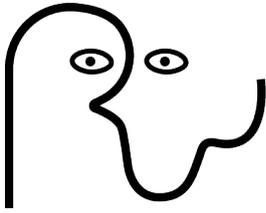
a) El derecho de asilo por motivos de SOGI

Principios y Obligaciones del Estado derivados de **la Constitución de 1978**. Los principios de igualdad y no discriminación aparecen en el artículo 14 cuando establece que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

Aunque no hay una mención explícita a la SOGI, muchas decisiones de los tribunales han entendido que la frase "*de cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" incluye la SOGI.

Además, el artículo 13 de la Constitución está dedicado a los derechos de los extranjeros. El artículo 13.4 reconoce el derecho de asilo en España. "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán disfrutar del derecho de asilo en España".

En 1978, España firmó la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Tras la aprobación de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se han promulgado sucesivas leyes y decretos. Las leyes y sus reglamentos no incluían ninguna mención explícita a la SOGI.



La **Ley 12/2009**, llamada **Ley de asilo**, está en vigor desde el 20 de noviembre de 2009²⁸. Recoge por primera vez en el ordenamiento jurídico español la figura de la "protección subsidiaria"²⁹, incorpora nuevas normas sobre reagrupación familiar, grupos vulnerables, y especifica las obligaciones del Estado sobre las condiciones de acogida. Es el marco legal de todas las normas aprobadas por el gobierno y las autonomías. Además, prescribe que las personas de otros países que soliciten protección internacional deben ser acogidas por los centros específicos. Estos son subvencionados por el gobierno y las ONG. Se les reconocen pocos derechos y servicios públicos. En su Preámbulo se hace una mención explícita que pretende incorporar la "Primera fase del Sistema Europeo Común de Asilo" (SECA), así como las nuevas interpretaciones y criterios desarrollados por organismos y tribunales españoles e internacionales (Defensor del Pueblo de España, 2016, p. 25).

Además, la disposición final segunda de esta ley adopta la normativa de la UE aplicable a las personas que soliciten el derecho de asilo en España, sin distinciones. Esta ley define la condición de refugiado como la persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por diversos motivos, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y requiere protección en otro territorio. El género y la orientación sexual se incluyen explícitamente en los motivos de persecución (Artículo 3).

El artículo 7 reconoce que el "*grupo social determinado*" puede referirse a la orientación e identidad sexual. Este artículo recoge este concepto recogido en los instrumentos internacionales. Ha sido reconocido también en la Directiva 2004/83/CE (art. 10.1.d), revisada por la Directiva 2011/95/UE. Los solicitantes de un determinado grupo social deben compartir una característica innata o un fondo común que no puede ser cambiado; y ese grupo debe tener una *identidad diferenciada* en el país porque es percibido como diferente por la sociedad que les rodea. Se trata de dos características alternativas (no simultáneas), de acuerdo con las Directrices no 9 del ACNUR.

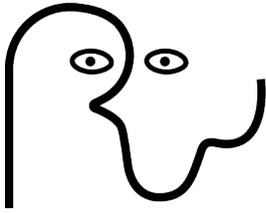
Según el artículo 7, hay dos restricciones a las condiciones de SOGI en el asilo:

- Las situaciones relacionadas con la SOGI pueden incluirse en la categoría "grupo social particular" según las circunstancias del país de origen.
- En cualquier situación, la orientación sexual puede entenderse como la realización de conductas consideradas como delito en el ordenamiento jurídico español.

Estas restricciones son innecesarias por dos razones: i) el artículo 8 de la Ley recoge los delitos como excepción a las causas de persecución; y ii) las relaciones sexuales entre dos personas adultas del mismo sexo ya no son delito en España. Según algunos autores (Díaz LaFuente, 2014, p. 352) se trata

²⁸ El 30 de octubre de 2009 se promulgó la **Ley 12/2009** que regula el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Recoge las Directivas 2004/86/CE, de 22 de septiembre, 2004/83/CE, de 29 de abril, y 2005/85/CE, de 1 de diciembre. Fue modificada por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, añadiendo un párrafo al artículo 40.1 para incorporar la versión completa del artículo 2.j) de la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre.

²⁹ La protección subsidiaria funciona cuando hay personas de un tercer país o apátridas que, aunque no cumplen todos los requisitos necesarios para obtener la condición de refugiado, hay razones suficientes para pensar que si regresan a su país de origen o, en el caso de los apátridas, al país anterior en el que vivían, podrían tener riesgo real de sufrir daños críticos. Cuando una persona tiene protección subsidiaria, el país de acogida debe garantizar un conjunto de derechos fundamentales: no devolución, información, residencia, movilidad, continuidad de la unidad familiar, y también derechos sociales como el empleo, el sistema sanitario, la vivienda, la educación, la protección social y la integración social de los inmigrantes (Díaz LaFuente, 2014, p. 355).



de una regulación discriminatoria para las situaciones SOGI, ya que no es relevante como consideración si la persona ha cometido prostitución, abuso o exhibición sexual, o acoso para valorar la situación de persecución por su orientación sexual o su identidad o expresión de género.

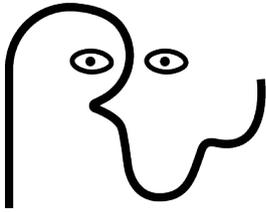
Además, la Ley de asilo contempla los elementos que sirven para definir la persecución. Éstos deben ser de naturaleza crítica o repetitiva que puedan vulnerar derechos fundamentales, en particular, aquellos que no pueden formar parte de las excepciones según el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (la vida, la tortura, la esclavitud y el Estado de Derecho). También hay persecución cuando hay un conjunto de medidas que afectan a una persona de forma similar a los derechos mencionados (art. 6). Una cuestión controvertida es si la discriminación que afecta a derechos sociales básicos como el trabajo, el sistema sanitario, etc., puede considerarse una persecución.

Siguiendo la Directiva 2004/83/CE, la Ley de asilo contempla la ampliación de algunos derechos a la familia de los refugiados, en particular algunos derechos sociales como el empleo, la vivienda y los servicios sanitarios. La noción de "miembros de la familia" se desarrolla en la Directiva 2011/95/UE que debe aplicarse también en los casos de SOGI. Una cuestión particular y relevante es el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo. Esto se regula en la legislación interna de cada país. En este caso, considerando que España ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como las parejas de hecho. El artículo 40 de la Ley de asilo establece que el derecho de asilo o de protección subsidiaria puede aplicarse a las parejas de hecho o a las personas con formas análogas de relación afectiva y de convivencia. Por lo tanto, se aplica al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Otra ley relevante es la **Ley Orgánica 4/2000 (Ley de extranjería)** de 11 de enero de 2000, modificada por la **Ley Orgánica 4/2015** de 30 de marzo (**Ley de seguridad ciudadana**) y regulada por el **Real Decreto 557/2011 (Reglamento de extranjería)** de 20 de abril. La Ley de extranjería regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). Los derechos basados en SOGI se derivan de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación.

El artículo 2 bis de la Ley de extranjería relativo a la política migratoria establece que todas las administraciones públicas ejercerán sus funciones y competencias bajo el principio de no discriminación. Lo más importante es que, en la letra f) del artículo 2, se establece que la realización de los derechos se reconoce a toda persona, en base a la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. Deben ser garantizados por el Estado. La Ley de seguridad ciudadana menciona explícitamente que el documento nacional de identidad no debe afectar a la intimidad y eso incluye la orientación sexual.

El Régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países no comunitarios está regulado por el **Real Decreto 1325/2003**, de 24 de octubre. En él se considera "persona desplazada" a aquellas personas que estuvieron o están en peligro de sufrir una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos (art. 2). Aunque no se menciona explícitamente a los solicitantes por motivos de SOGI, sus derechos y el derecho de asilo deben garantizarse de acuerdo con las leyes, la Constitución y los tratados internacionales.



b) Organismos

Cuadro no 10
ORGANISMOS DE ASILO EN ESPAÑA

Policía Fronteriza	Es competente tanto para recibir solicitudes en la frontera, así como en el territorio.
Oficina de Asilo y Refugio (OAR)	Es la autoridad competente para examinar las solicitudes de asilo en la frontera y en el territorio. También es responsable de la solicitud posterior.
Oficina de Extranjeros	Es competente de ver los casos de asilo en la frontera y en el territorio.
Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR)	Tiene el mandato de determinar la condición de refugiado.
Audiencia Nacional	Se encarga de resolver los recursos.
Tribunal Supremo	Se encarga de resolver los recursos posteriores.

Source: own elaboration

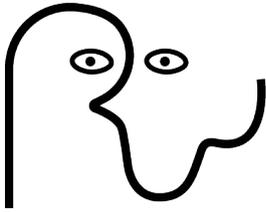
c) Procedimientos

Los procedimientos administrativos de asilo están regulados por la **Ley 39/2015 de 1 de octubre**, denominada **Ley de procedimiento administrativo**. Establece una regulación completa y sistemática de las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas.

Se incluyen los casos de SOGI porque existe un reconocimiento constitucional de que los derechos deben leerse de acuerdo con los tratados y pactos de derechos humanos, así como de acuerdo con la Ley de extranjería. Esto es especialmente relevante teniendo en cuenta que los procedimientos deben contar con todas las garantías para proteger los derechos de asilo basados en la SOGI.

Este reglamento puede aplicarse en caso de ausencia de normas específicas sobre migración y asilo. Por lo tanto, si tenemos una solicitud de asilo basada en la SOGI, se deben aplicar las leyes orgánicas especializadas en materia de migración y asilo; sin embargo, si hay algo que no ha sido regulado por ellas, entonces, se puede aplicar este reglamento utilizando el principio de supletoriedad.

De acuerdo con este reglamento, hay que tener en cuenta el debido proceso legal, la simplificación y otros principios de la regulación de los procedimientos administrativos. Teniendo en cuenta que este reglamento se aplica a todo el mundo, las situaciones SOGI también están incluidas, ya que debemos aplicar los mismos principios en cualquier procedimiento.



El procedimiento de asilo puede comenzar en la frontera o en el territorio. No es posible, a pesar de que la Ley de asilo prevé esa posibilidad, hacerlo a través de embajadas o representaciones consulares.

En las fronteras, la solicitud debe presentarse ante la autoridad competente: la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), cualquier Oficina de Extranjeros; o en cualquier Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) o comisaría.

La OAR tiene 4 días para declarar la solicitud admisible, inadmisibile o infundada. Si no se cumple el plazo, el solicitante será admitido en el territorio para someterse al procedimiento ordinario (art. 21 y 25 de la Ley de Asilo). Es posible solicitar un nuevo examen (reexamen) ante la OAR. Si hay una decisión negativa, las decisiones son susceptibles de recurso ante uno de los Juzgados de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, y esto puede ser recurrido ante la Audiencia Nacional, y el Tribunal Supremo como nivel máximo.

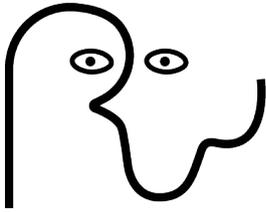
En el territorio, las solicitudes deben presentarse ante el OAR durante el primer mes de estancia en España (artículo 17.2 de la Ley de asilo). Después de este mes, es posible solicitar el procedimiento de urgencia. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud. El solicitante de asilo recibirá un certificado llamado "Manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional". Después de esto, el solicitante de asilo tiene que registrar la solicitud. En la cita, se somete a una entrevista y a la cumplimentación de un formulario. La persona recibe un "Resguardo de solicitud de protección internacional", también conocido como tarjeta blanca.

Esta oficina tendrá un mes para examinar la admisibilidad. Si no hay decisión después del plazo, la persona será admitida (artículo 20.2 de la Ley de asilo). La decisión de inadmisión puede estar motivada por las siguientes situaciones: a) falta de competencia para el examen de la solicitud; o b) incumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Las resoluciones declaradas inadmisibles son susceptibles de recurso ante uno de los Juzgados de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, pudiendo recurrirse ante la Audiencia Nacional, y el Tribunal Supremo como instancia máxima.

Una vez que la solicitud es declarada admisible por el OAR, hay un periodo de seis meses para examinar la solicitud. El solicitante recibe la tarjeta roja que le autoriza a residir en España y a acceder al empleo. La OAR redacta un proyecto de resolución y el CIAR decide sobre la solicitud.

Si hay una denegación basada en el fondo, el solicitante de asilo puede recurrir ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, y presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Existe un procedimiento de urgencia cuando la solicitud se presenta en la frontera o desde un CIE. Solicitado por el solicitante o aplicado de oficio, el OAR debe decidir en tres meses como máximo (artículo 25 de la Ley de asilo).



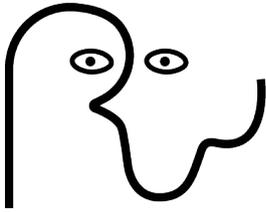
Las decisiones tendrán diferentes resultados:

- a. conceder la condición de refugiado;
- b. conceder la protección subsidiaria;
- c. denegar la condición de refugiado o de protección subsidiaria y conceder un permiso de residencia por motivos humanitarios;
- d. denegar la protección.

Se puede recurrir ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses. Asimismo, es posible presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Según el apartado 1 del artículo 30 de la Ley de asilo, los solicitantes de protección internacional recibirán un alojamiento y servicios sociales que garanticen la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones dignas. No importa el tipo de procedimiento de asilo, todos los solicitantes de asilo reciben estas prestaciones durante un periodo de 18 meses de alojamiento, asistencia y apoyo financiero. En el caso de "necesidades especiales de acogida" (casos vulnerables), hay un máximo de 24 meses. Las personas que lo hayan solicitado en la frontera marroquí están obligadas a permanecer en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta y Melilla; sólo tendrán prestaciones cuando sean trasladadas al territorio.

El Informe de AIDA sobre España, respecto a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en España "incluyen la cobertura de los gastos personales de primera necesidad y artículos de uso personal, transporte, ropa para adultos y niños, actividades educativas, formación en habilidades sociales y culturales, aprendizaje del idioma del país de acogida, formación profesional y de larga duración, ocio y tiempo libre, cuidado de los niños y otras de tipo educativo complementario, así como ayudas para facilitar la autonomía de los beneficiarios y otras de carácter extraordinario." (AIDA, s.d.d).



CUESTIONES CRÍTICAS DE LA NORMATIVA³⁰

El procedimiento de asilo por motivos de SOGI plantea algunos problemas relacionados principalmente con i) la falta de reconocimiento explícito de los casos por motivos de SOGI en la normativa; ii) la evaluación de las situaciones de riesgo y vulnerabilidad de las que huyen los solicitantes de asilo; iii) la prueba de la homosexualidad durante la entrevista y todo el proceso; y iv) la falta de capacidad para acoger a todos los solicitantes con comodidad y bienestar, entre otros problemas.

1. LA FALTA DE RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO

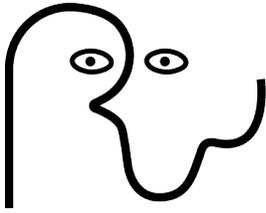
En el Sistema Internacional de Derechos Humanos, todavía falta un reconocimiento explícito de los derechos SOGI en los tratados. Sin embargo, en los últimos 15 años, las instituciones de Derechos Humanos a nivel internacional han iniciado un proceso de toma de decisiones y declaraciones políticas más activas sobre SOGI. (Sitio web de ARC International. Declaraciones sobre SOGI; sitio web del Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico. Reconocimiento de los derechos SOGISC a nivel internacional; sitio web de la Comisión Internacional de Juristas [CIJ]. Base de datos de la ONU sobre SOGI). Las directrices sobre los derechos de los refugiados y los procedimientos de asilo reconocen explícitamente la SOGI, y el sistema de la ONU ha reconocido que la persecución o el riesgo basados en la SOGI son casos para conceder el asilo.

La dependencia de las categorías binarias ("hombre" y "mujer") que parecen estar profundamente arraigadas en el discurso de los derechos humanos puede plantear problemas críticos (Correa et al., 2015). Las categorías occidentales "LGBT" son formas que no coinciden con las experiencias de los extranjeros. Según MacArthur (2015), "incluso los términos aparentemente inclusivos de "orientación sexual" e "identidad de género" parecen ignorar a aquellos cuyo comportamiento no se ajusta necesariamente a su identidad, como los "hombres que tienen sexo con hombres" pero que no se identifican como "gay" (p.28). Por el momento, los derechos de SOGI están abiertos a la interpretación y aún no parecen estar completamente formados.

A nivel europeo, a pesar del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como característica común entre las personas que forman un grupo social en el marco de la Directiva de reconocimiento, es necesario señalar algunas cuestiones.

- No hay una mención explícita a la expresión de género.
- No hay instrumentos legislativos específicos dedicados a la situación particular de los solicitantes por motivos de SOGI:
 - Su vulnerabilidad sólo se aborda en la medida en que se adopta un enfoque sensible al género. Sin embargo, como se ha subrayado, este enfoque parece limitarse a la visión binaria de los géneros. Además, no permite tener en cuenta la orientación o las características sexuales de las personas.

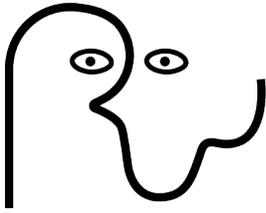
³⁰ Esta sección presenta los retos a nivel nacional y local y los elementos clave que hay que promover o fomentar. Los comentarios críticos se basan en los conocimientos y la experiencia de los socios, así como en la bibliografía existente sobre las solicitudes y los procedimientos de asilo basados en la SOGI.



- Sin embargo, las vulnerabilidades especiales de los refugiados LGBTIQ+ se consideran en la Convención de Estambul del Consejo de Europa. Esto podría haber inspirado a la CE en la elaboración de su Estrategia de Igualdad LGBTIQ para 2020-2025 (no vinculante), utilizando sus poderes para transponer las mismas consideraciones en el marco de la UE, "de una manera u otra". Sin embargo, a pesar de que la UE firmó el Convenio de Estambul, su ratificación generó cuestiones delicadas.
- En la mayoría de los instrumentos de no discriminación no se tiene en cuenta explícitamente la identidad y la expresión de género. Por ejemplo, la Directiva sobre las condiciones de acogida se centra únicamente en las mujeres y los hombres cisgénero, sin ninguna especificación sobre las personas no conformes con el género; y la Directiva sobre el retorno no menciona la identidad ni la expresión de género.
- Siguen faltando elementos relacionados con las personas queer y, en general, con la expresión de género. Algunas personas con una expresión de género particular, como las que se apartan de la cis-norma, (los andróginos, por ejemplo) podría considerarse que forman un grupo social. Mientras no haya un reconocimiento explícito, existe un margen de interpretación alejado de la protección de los derechos humanos. Se espera que las autoridades consideren el hecho de que la legislación de la UE especifica que la característica en base a la cual una persona es (o corre el riesgo de ser) perseguida puede ser atribuida y no especialmente poseída podría asegurar que las expresiones de género sean consideradas en la evaluación de la aplicación basada en el género.
- Las propuestas y comunicaciones elaboradas por la Comisión para reformar el SECA no incluyen los elementos mencionados anteriormente. Por lo tanto, la reforma se centra principalmente en la naturaleza de los instrumentos legislativos utilizados (las Directivas serían sustituidas por Reglamentos, lo que constituye un buen paso hacia una mejor armonización). No se ha observado ninguna mejora significativa en cuanto a la consideración de la solicitud basada en la SOGI, aparte de la inclusión de la jurisprudencia del TJUE en el preámbulo de una Directiva revisada.
- En general, la duración del procedimiento legislativo a nivel de la UE y los bloqueos políticos (principalmente en el Consejo) ponen en peligro la adaptación efectiva del SECA a las realidades sobre el terreno.

Además, los tribunales, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realizan interpretaciones de las leyes de forma favorable al reconocimiento y la protección de los solicitantes por motivos de SOGI. Esta jurisprudencia progresista debería incluirse en los nuevos instrumentos jurídicos (por ejemplo: una definición clara de los criterios de "sexo" en la legislación sobre no discriminación, incluyendo las características sexuales y los géneros o la inclusión directa de nuevos criterios).

En general, la Comisión Europea debe utilizar su poder de iniciativa para seguir concienciando sobre las realidades y necesidades especiales de los solicitantes por motivos de SOGI, como ya hace en materia de igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+. Asimismo, otras instituciones europeas deberían colaborar para adoptar instrumentos legislativos



amplios, coherentes y progresivos que fomenten su protección e inclusión. Esto serviría de marco común para todos los Estados miembros, cuyas normativas estarían mejor armonizadas; esto, a su vez, evitaría las diferencias de trato injustas entre las personas LGBTIQ+ (entre los distintos ciudadanos europeos o nacionales, pero también entre los no nacionales).

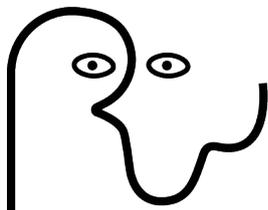
La evolución del SECA ha estado marcada por la crisis migratoria de 2015-2016. La UE no ha sido capaz de afrontarla con un enfoque humanitario a pesar de la Directiva de protección temporal y de los intentos de la CE de proponer soluciones urgentes para la adopción de las Agendas Europeas de Migración. La Directiva de protección temporal nunca se ha aplicado en la práctica, en parte debido a las tensiones políticas en el seno del Consejo derivadas del inadecuado reparto de la carga. Las lagunas y problemas existentes en el SECA impiden que éste garantice adecuadamente la protección a todos los solicitantes de asilo. La CE, como atestiguan los objetivos y el contenido del Nuevo Pacto sobre Migración (sitio web del CESE. Los pormenores del nuevo Pacto sobre la migración generan frustración en el CESE), inició una profunda reforma del Sistema mediante la adopción de varias propuestas en 2016.

Además, el SECA incluye normas sobre cómo determinar qué Estado miembro será responsable de examinar las solicitudes de protección internacional (véase el Reglamento de Dublín III). A pesar de las revisiones, el Reglamento de Dublín sigue siendo muy criticado, sobre todo porque impone una pesada carga a algunos Estados miembros (por ejemplo, Italia y Grecia, ya que se encuentran en las fronteras de la UE y sólo pueden acceder al territorio de la UE cuando no se permiten las llegadas en avión). De hecho, este Reglamento identifica el Estado miembro de la UE que será responsable de examinar una solicitud de asilo, utilizando varios criterios como la unidad familiar, la posesión de documentos de residencia o visados, la entrada sin visado y la **entrada o estancia irregular**. En la práctica, es principalmente este último criterio el que se utiliza para "asignar la responsabilidad" de la tramitación de una solicitud de asilo a un único Estado miembro. Concretamente, esto implica que el Estado miembro por el que el solicitante entró por primera vez en la UE es responsable de examinar su solicitud.

"La [...] crisis migratoria y de refugiados ha puesto de manifiesto importantes deficiencias estructurales en el diseño y la aplicación del SECA y del régimen de Dublín. Esto ha sido confirmado por recientes estudios externos sobre el sistema de Dublín y reconocido por la Comisión en su comunicación del 6 de abril de 2016." (Radjenovic, 2019).

Como parte de la reforma del SECA de 2016, lanzada, pero bloqueada, la propuesta de la Comisión de 2016 que pretende revisar el Reglamento³¹ sigue pendiente por fuertes desacuerdos entre los Estados, y por tanto, en el seno del Consejo que debe adoptar el texto, de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario.

³¹ COM(2016) 270 final.



Cuadro no 10

LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA SOGI EN TODOS LOS NIVELES Y PAÍSES

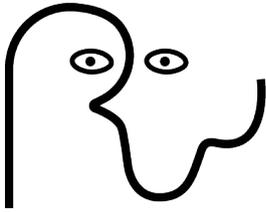
	ONU	UE	Bélgica	Francia	Italia	España
Principio de no discriminación	Tratados de Derechos Humanos	Tratados de Derechos Humanos	Constitución y Ley 22 de mayo de 2014	Constitución	Constitución	Constitución
Orientación sexual	Directrices no 1, 2, 6 y 9	CEDH Directiva sobre procedimientos de asilo Directiva de acogida Directiva de reconocimiento	Ley de extranjería	Ceseda Jurisprudencia francesa	Decreto Legislativo 251/2007 Jurisprudencia italiana	Ley de asilo Jurisprudencia española
Identidad de género	Directrices no 1, 2, 6 y 9	Directiva sobre procedimientos de asilo Directiva de acogida Directiva de reconocimiento	Ley de extranjería	Ceseda Jurisprudencia francesa	Decreto Legislativo 251/2007 Jurisprudencia italiana	Ley de asilo Jurisprudencia española

Fuente: elaboración propia

2. LA "PRUEBA DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO" DURANTE LAS ENTREVISTAS

Durante el procedimiento, la entrevista es un instrumento político clave. De hecho, es "el medio a través del cual los agentes del Estado pueden implementar una política de asilo LGBTI" (Prearo, 2020, p.3). Constituye un instrumento técnico y social que organiza una relación social específica entre el Estado y las personas, produciendo efectos concretos (Lascoumes y Legales, 2007, p. 3-4), en este caso, a través de la narración de una historia.

En todos los países, la principal dificultad para los solicitantes de asilo LGBT+ es la "prueba" de la orientación sexual en la solicitud de asilo. En Francia, hay que convencer al funcionario de la OFPRA, a través de la historia de vida, y después de la entrevista individual. En España, como en otros países, la idea de credibilidad implica coherencia, verosimilitud y no contradicción, criterios que no tienen en cuenta las consecuencias del miedo, las dificultades de autoidentificación y la homolesbotransfobia



interna, todo ello producto principalmente de la represión y criminalización permanente de las conductas en sus países. Existe una especie de "cultura de la desconfianza" en las autoridades de inmigración ante los casos basados en la SOGI (Güell, 2020).

Según Giametta (2016), el asilo y la protección social se conceden, muy a menudo, sobre la base de interpretaciones estereotipadas de la victimización, las relaciones de género y la sexualidad (p. 57). Esto significa que las narrativas de las experiencias vitales de los migrantes LGBTI no se sitúan en un vacío administrativo, limitado a su registro y autenticación, en su caso. "Por el contrario, las historias que los solicitantes de asilo LGBTI cuentan durante la entrevista se encuentran y chocan con una serie de representaciones, valores, juicios y, finalmente, categorías, preexistentes y predefinidas por normas, leyes, directivas y convenciones, pero también por bases culturales." (Carnassale, 2014, 2019 citado por Prearo, 2020, p. 2).

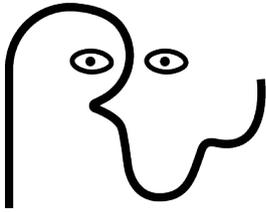
En Italia, una vez presentada la solicitud de asilo, el solicitante es asignado a una estructura de acogida durante meses (a veces un año) y, después, la Comisión Territorial, formada por cuatro personas, debe juzgar su caso. Sin embargo, sólo un miembro realiza la entrevista. El solicitante tiene que demostrar una "carrera homosexual". Esto supone

"seguir un determinado guión: sentimiento y deseo erótico y emocional por personas del mismo sexo, descubrimiento de la propia homosexualidad, conciencia y aceptación de la propia identidad, pero, sobre todo, presencia de sentimientos negativos u homofobia interiorizada y, finalmente, autoafirmación, dado el contexto homófobo y transfóbico del país de origen". (Prearo, 2020, p.12).

En otros casos, hay una falta de credibilidad si la persona descubre su homosexualidad a una edad avanzada. Esto contradice lo que dicen las Directrices no 9 sobre las diferentes vías para el autorreconocimiento (Prearo, 2020, p.13). La normativa y las prácticas administrativas se han realizado considerando a la población LGBTIQ+ como un grupo homogéneo.

Según Prearo (2020), basándose en los resultados de la investigación de las entrevistas a los solicitantes de asilo en Italia, existe una imposibilidad de documentar la experiencia emocional debido a la falta de pruebas. Los entrevistadores piden e intentan entender la "pertenencia a un determinado grupo social" como la necesidad de una prueba de homosexualidad, lo que implica para ellos, más que una "declaración de homosexualidad". A veces, se pide un "desarrollo emocional" y una "experiencia de descubrimiento" de su homosexualidad. Necesitan confirmar esas experiencias, que, al final, se convierten en cuestiones morales.

Además, en Bélgica, la idea de "miedo fundado" a ser perseguido es difícil de documentar, al igual que la orientación sexual. Entonces, "estas reclamaciones se evalúan en base a ciertas presuposiciones sobre lo que significa ser homosexual, así como la coherencia y el sentido para el detalle de la narración, que no son necesariamente buenos indicadores de la solidez de las reclamaciones." (Dohest, 2019, p. 1081). La calificación de las identidades y orientaciones con categorías occidentales podría seguir siendo problemática a la hora de evaluar los casos de solicitudes de asilo basadas en la SOGI.



En España, Italia y otros países europeos, las autoridades han estado aplicando el "principio de discreción" (Jansen & Spijkerbor, 2011), es decir, si el solicitante es "discreto" en el país de origen, entonces no sufrirá riesgos. En otras palabras, estos países solicitan una forma de vida "discreta", criterio que fue profundamente rebatido por el ACNUR (2008). El TJUE ha dictaminado en su sentencia de 7 de noviembre de 2013 que las autoridades al examinar una solicitud no pueden esperar que, para evitar la persecución, el solicitante por motivos de SOGI oculte su homosexualidad en el país de origen o muestre una forma "discreta" de vivir su orientación sexual" (Sánchez Tomás, 2019, p. 6).

3. ¿SON REALMENTE "PAÍSES SEGUROS"?

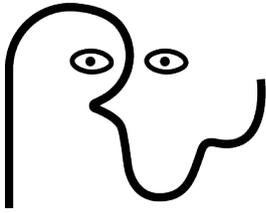
Se supondrá que las reclamaciones de algunos países europeos designados como "seguros" son infundadas o tienen menos probabilidades de prosperar. Un país designado como "seguro" "implica que la situación de los derechos humanos en él se considera satisfactoria, que se rige por el Estado de Derecho y que las personas no sufren persecución en él" (AEDH, FIDH y Euromed Rights, 2016, p. 2). La noción de país considerado como "seguro" para las personas SOGI porque están legalmente protegidas es problemática.

El ACNUR, en 1991, lanzó una advertencia sobre esta situación.

"La aplicación del concepto de país seguro en relación con los países de origen lleva a que los nacionales de los países designados como seguros queden automáticamente excluidos de la obtención de la condición de asilado/refugiado en los países de acogida o, al menos, a que se plantee contra su solicitud una presunción de no condición de refugiado que deben, con dificultad, refutar" (ACNUR, 1991).

"La noción de "seguridad" repercute en la forma de examinar las solicitudes, limitando las garantías procesales a las que tiene derecho cualquier persona necesitada de protección internacional". (AEDH, FIDH & Euromed Rights, 2016, p. 8). En realidad, ningún país puede considerarse completamente "seguro" para todos.

AEDH, FIDH & Euromed Rights (2016, p. 14) se han opuesto firmemente al uso de la noción de "seguridad" para tramitar determinadas solicitudes de asilo de forma diferente. En consonancia con la recomendación de SOGICA (SOGICA, s/f), esta situación "no solo entra en conflicto con la necesidad de llevar a cabo una evaluación individual de cada solicitud de asilo, sino que es especialmente problemática para las solicitudes de SOGI, ya que los derechos y la protección de SOGI pueden ser denegados en países con normas por lo demás aceptables. Las autoridades de asilo no deberían seguir designando a algunos países como "seguros"." (SOGICA, s.f.a). En países como Italia o España, esta categoría permite tener un procedimiento inmediato o acelerado en detrimento de los solicitantes SOGI.



4. LIMITACIONES DE TIEMPO Y DE DERECHOS

En Francia, el procedimiento de solicitud de asilo es largo, con la imposibilidad de trabajar mucho más allá de los seis meses. Existe la posibilidad de trabajar, una vez transcurridos los seis meses desde la presentación de la solicitud. De hecho, esta medida es extremadamente difícil de aplicar y sólo afecta a una extrema minoría de solicitantes de asilo.

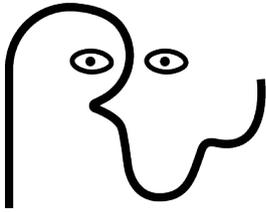
En España, en 2019, el tiempo medio de espera para una cita era de 6 meses. En algunas provincias, el tiempo de espera puede ser de 8 a 12 meses. (AIDA, 2020d, p. 40). En 2020, el Defensor del Pueblo Nacional ha hecho recomendaciones al Ministerio del Interior para que adopte urgentemente medidas para facilitar el acceso a las citas con la policía y las autoridades de migración, así como para reducir el exceso de tiempo en los procedimientos. Estos problemas están afectando al derecho de los extranjeros a recibir protección internacional (Martín, 2020).

También en España, existen algunas limitaciones de movilidad para los solicitantes en Melilla y Ceuta. No pueden desplazarse a otras zonas de la península hasta que se tome una decisión definitiva. El Gobierno español ha justificado esto diciendo que el sistema Schengen permite controlar las fronteras y las conexiones con esas dos ciudades. Esta práctica de inmovilización no voluntaria en los CETI (Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes) ha sido considerada por algunos juristas, el ACNUR y el Defensor del Pueblo Nacional, como discriminatoria y contraria a los principios de las leyes y la Constitución. Esta situación podría aumentar la vulnerabilidad y reforzar las formas de violencia y acoso contra los solicitantes por motivos de SOGI (ACNUR, 2015).

Asimismo, la normativa permite a las autoridades rechazar en las fronteras a los nacionales de terceros países que se encuentren cruzando la frontera de forma ilegal. Existe una normativa especial para Ceuta y Melilla que establece claramente que los rechazos se realizarán respetando el derecho internacional de los derechos humanos y la protección internacional en vigor. Lo que está ocurriendo de hecho es que las personas son rechazadas (devoluciones en caliente) lo que podría implicar violaciones de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional ha dictaminado, el 19 de noviembre de 2020, que el régimen especial de rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla es constitucional. Sin embargo, el Tribunal ha declarado que el rechazo debe emitirse teniendo en cuenta todas las garantías previstas en los tratados nacionales e internacionales, prestando especial atención a los colectivos vulnerables.

Además, la llegada de personas a través de las Islas Canarias requiere una mayor prestación de asistencia jurídica a los inmigrantes (El Día, 2020).

En Italia, el gobierno debe invertir más en el desarrollo de su capacidad para acortar el tiempo de los procedimientos. Por lo general, el tiempo -a veces años- que un solicitante de asilo debe esperar una decisión al iniciar el procedimiento o durante el recurso, aumenta la vulnerabilidad y la incertidumbre. Además, las autoridades y los jueces no deben discriminar la "divulgación tardía". No deben utilizar esta circunstancia para socavar la evaluación de la credibilidad, como confirman la jurisprudencia europea y el Tribunal Supremo (SOGICA, s.f.a).



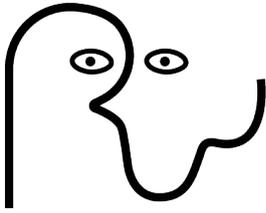
Más aún, en España, los sistemas de acogida deben tener en cuenta que los solicitantes suelen proceder de situaciones difíciles. Estos procedimientos son muy largos y los funcionarios pueden no identificar las necesidades médicas físicas o mentales, los tratamientos contra el VIH o cualquier otra vulnerabilidad. Parece que hay que reformar el reglamento de acogida para incluir que a través de la primera cita, cuando están solicitando asilo, los solicitantes puedan tener acceso al servicio de salud sin el requisito previo de registrarse en el gobierno local. También, sigue siendo necesaria una legislación que permita a las autoridades incorporar en la tarjeta de identificación de una persona no conforme con el género el nombre preferido en lugar del legal; y proporcionar el permiso de trabajo desde que tienen la entrevista en lugar de meses después.

5. PROBLEMAS DE ALOJAMIENTO

Las autoridades de asilo de todos los países deben prestar especial atención a la seguridad de los solicitantes por motivos de SOGI. Muchos de ellos son acogidos en alojamientos generales o centros de acogida donde sufren discriminación y no se reconocen sus necesidades. El caso de las personas no conformes con el género es especialmente relevante, ya que sufren más homofobia, transfobia, racismo y xenofobia (SOGICA, s.f.a).

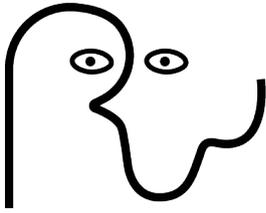
En Francia, el alojamiento sigue siendo un problema. Más allá de la falta de espacio, existe el problema de la estigmatización de las personas LGBTQ+ por parte de los miembros de su comunidad de origen. Sin embargo, la legislación no hace referencia a estas vulnerabilidades. La Ceseda no hace referencia a la vulnerabilidad por motivos de orientación sexual o identidad de género, por lo que, en términos de AIDA (2020b, p.97), esas situaciones no son consideradas por las autoridades; las personas LGBTQ+ se enfrentan a fuertes dificultades cuando las autoridades no les proporcionan alojamiento, ya que la mayoría de las veces no encuentran apoyo en sus comunidades nacionales.

La normativa en Francia debe tener en cuenta la vulnerabilidad de las personas LGBTQ+ para evitar la violación de los derechos humanos. Muchos solicitantes de asilo LGBTQ+ citan como principales obstáculos la espera, la incompreensión, la discriminación, la violencia y la inseguridad. Estos dificultan el proceso de integración. La dificultad de acceso a la vivienda conlleva una dificultad para conseguir una domiciliación obligatoria y poder obtener derechos (por ejemplo, seguridad social, cuentas bancarias y otros). Es posible conseguir una domiciliación postal para la obtención de derechos en una asociación que realice estos trámites. Sin embargo, estos trámites suelen estar saturados.

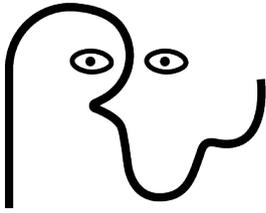


CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES

1. Existe un derecho de asilo reconocido por los principales instrumentos del Sistema Internacional de Derechos Humanos. Esto implica la capacidad de una persona, que se enfrenta a un temor fundado de persecución, de solicitar y disfrutar de protección internacional, permaneciendo en el territorio del país. El principio de no devolución implica la prohibición de expulsar o extraditar a un refugiado a las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad estarían amenazadas, entre otras razones, por su pertenencia a un determinado grupo social.
2. El Sistema Internacional de Derechos Humanos en materia de derechos de los refugiados, asilo y protección internacional reconoce la SOGI como característica común entre las personas que comparten la pertenencia a un grupo social especial.
3. El sistema jurídico europeo también reconoce la SOGI, pero no así la Expresión de género, en la Directiva de reconocimiento. La expresión de género apenas se incluye explícitamente en la normativa. A pesar de ello, en el marco regulador europeo, los principales retos en materia de solicitudes de asilo por motivos de SOGI son:
 - 3.1. Sigue sin haber instrumentos legislativos específicos dedicados a la situación particular de los solicitantes por motivos de SOGI. Su vulnerabilidad solo se aborda en la medida en que se adopta un enfoque sensible al género. Sin embargo, como se ha subrayado, este enfoque parece limitarse a la visión binaria de los géneros. Además, no permite tener en cuenta la orientación o las características sexuales de las personas. No obstante, las vulnerabilidades especiales de los refugiados LGBTIQ+ se consideran en la Convención de Estambul del Consejo de Europa. Esto podría haber inspirado a la CE en la elaboración de su Estrategia de Igualdad LGBTIQ para 2020-2025 (no vinculante), utilizando sus competencias para transponer las mismas consideraciones en el marco de la UE, "de una manera u otra" (recordatorio: la UE firmó la Convención de Estambul, pero su ratificación genera cuestiones delicadas).
 - 3.2. Falta una consideración explícita de la identidad y la expresión de género en la mayoría de los instrumentos jurídicos contra la discriminación. Faltan elementos relacionados con las personas queer y, en general, con la expresión de género, por lo que las personas con un género o expresión no conformes tienen problemas para ser consideradas parte de un grupo social específico. Cabe esperar que el hecho de que la legislación de la UE especifique que la característica por la que una persona es (o corre el riesgo de ser) perseguida puede ser atribuida y no especialmente poseída, podría garantizar que las expresiones de género sean consideradas en la evaluación de las solicitudes basadas en el género.

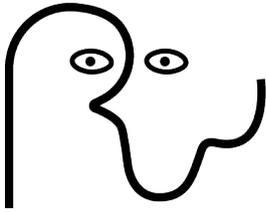


- 3.3. La ausencia de estos elementos ausentes en las propuestas y comunicaciones elaboradas por la Comisión para reformar el SECA genera que la reforma se dirija principalmente a la naturaleza de los instrumentos legislativos utilizados (las Directivas serían sustituidas por Reglamentos, lo que constituye un buen paso hacia una mejor armonización). No se ha observado ninguna mejora significativa en cuanto a la consideración de la solicitud basada en la SOGI, aparte de la inclusión de la jurisprudencia del TJUE en el preámbulo de una Directiva revisada.
- 3.4. En general, la duración del procedimiento legislativo a nivel de la UE y los bloqueos políticos (principalmente en el Consejo) ponen en peligro la adaptación eficaz del SECA a las realidades del terreno.
- 3.5. Los tribunales (tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), en el ejercicio de sus respectivas competencias, interpretan la ley en un sentido favorable al reconocimiento y la protección de los solicitantes por motivos de SOGI. Un ejemplo puede encontrarse en la decisión del TJUE que atestigua que *"[e]n lo que respecta a la homosexualidad, la evaluación individual de la credibilidad del solicitante no debe basarse en nociones estereotipadas sobre los homosexuales y el solicitante no debe ser sometido a un interrogatorio detallado o a pruebas sobre sus prácticas sexuales"*. Esta jurisprudencia progresista debería incluirse en los nuevos instrumentos jurídicos (por ejemplo: una definición clara de los criterios de "sexo" en la legislación sobre no discriminación, incluyendo las características sexuales y los géneros, o la inclusión directa de nuevos criterios).
- 3.6. En general, la Comisión Europea debería utilizar o seguir utilizando su poder de iniciativa para seguir concienciando sobre las realidades y necesidades especiales de los solicitantes por motivos de SOGI, como ya hace en materia de igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+. Del mismo modo, otras instituciones europeas deberían colaborar en la adopción de instrumentos legislativos completos, coherentes y progresivos para fomentar su protección e inclusión. Esto serviría de marco común para todos los Estados miembros; sus normativas nacionales estarían mejor armonizadas, lo que evitaría diferencias de trato injustas entre las personas LGBTIQ+ (entre los distintos ciudadanos europeos o nacionales, pero también entre los no nacionales).
4. Los cuatro Estados deben ampliar y consolidar los programas de admisión humanitaria y los visados para ayudar a los solicitantes de asilo a llegar con seguridad a reclamar protección. Llegar a Europa sigue siendo extremadamente costoso y arriesgado. Los solicitantes de asilo por motivos de SOGI suelen estar expuestos a abusos físicos, psicológicos y sexuales en los países de tránsito.
5. Algunos países todavía tienen que reconsiderar su enfoque general a la hora de aplicar el reglamento de Dublín III. Es el caso de Italia, donde no se atienden las necesidades específicas de los solicitantes a su llegada al país (SOGICA, s.f.a).
6. Sigue faltando información clara sobre los procedimientos de asilo cuando las personas están llegando sobre los derechos y procedimientos de asilo. Sobre Italia, SOGICA (2020) ha recomendado "que todas las autoridades italianas pertinentes, así como los agentes no estatales que participan en la gestión de la llegada de los solicitantes de asilo, proporcionen información sobre el asilo y el derecho a presentar una solicitud basada en

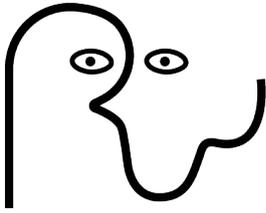


la SOGI, incluso en formatos de fácil lectura y en diferentes idiomas, como mínimo en los puertos de entrada, en el registro de la Questura y en los centros de entrevista, recepción y alojamiento de asilo. Al comienzo de la selección o de la entrevista inicial, el entrevistador debe confirmar que el solicitante es consciente de los diferentes motivos para solicitar asilo, incluida la persecución por motivos de SOGI, y que se garantizará la confidencialidad en todas las fases del proceso. Sin embargo, ninguna de estas medidas debe significar que el hecho de no declarar la SOGI como base de la solicitud de asilo se considere posteriormente en contra de los solicitantes" (SOGICA, s.f.a).

7. Los Estados deben promover entre los funcionarios públicos, las autoridades, los jueces y los miembros de los Parlamentos el uso de las Directrices del ACNUR, en particular la no 9, a la hora de implementar, interpretar, aplicar o decidir sobre las solicitudes de asilo basadas en la SOGI. En algunos casos, como el de Italia, sigue siendo necesario elaborar protocolos y directrices internas para este tipo de casos, preparando material y programas de formación (SOGICA, s.f.a).
8. En todos los países es necesaria la formación y el desarrollo de capacidades. Por ejemplo, en Francia, hoy en día uno de los principales retos será la formación y la sensibilización de los agentes de la OFRA en cuestiones relacionadas con las personas SOGI para facilitar la prueba de la homosexualidad. La formación de los trabajadores sociales de los centros CADA y otros centros de acogida debe incluir cuestiones relacionadas con las personas SOGI. En Italia, SOGICA (2020) ha detectado que existe "cierto grado de incoherencia en la toma de decisiones y que los funcionarios no aplican correctamente la ley y la política existentes". Así que, el proyecto propone una ampliación de la formación efectiva a los funcionarios administrativos recién contratados para todas las partes, incluidos todos los responsables de la toma de decisiones. El objetivo principal de esta formación obligatoria debería ser mejorar la calidad de su trabajo superando situaciones como los estereotipos, los prejuicios y las técnicas de entrevista (SOGICA, s.f.a). En España y Bélgica, sigue siendo necesario mejorar los conocimientos y la capacidad de los funcionarios, asesores, sociedad civil y todas las personas relacionadas con el procedimiento o que trabajan con refugiados LGBTIQ+.
9. Los Estados deben mejorar las normas y los procedimientos relacionados con las entrevistas y las audiencias de apelación de los solicitantes SOGI. Deben promulgarse directrices y normas sobre cómo realizar una entrevista correcta, evitando las violaciones de derechos y la doble victimización. Es necesario evitar preguntas específicas e incómodas que impliquen buscar la evolución o el descubrimiento de experiencias SOGI; implementar protocolos de protección de la privacidad y confidencialidad, y la garantía de contar con intérpretes no homófobos.
10. Los Estados deben prestar atención a la seguridad de los solicitantes por motivos de SOGI en los centros de alojamiento y acogida. Por lo general, son vulnerables a las actitudes homolesbotransfóbicas, el racismo, la xenofobia, la violencia y el odio. Es importante dar a los solicitantes por motivos de SOGI la posibilidad de elegir un alojamiento general o especializado.

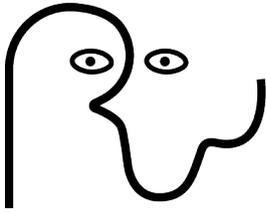


11. La normativa nacional debe tener en cuenta la vulnerabilidad de los solicitantes. En ese sentido, es necesario incorporar un enfoque intercultural, así como hacer visible la realidad de las personas no conformes con el género. Esto último implica permitir a las autoridades incluir los nombres preferidos en las tarjetas de identificación.
12. Los reglamentos de los países deberán considerar el desarrollo de estrategias para garantizar los permisos de trabajo y el acceso a los servicios de salud desde el momento de la solicitud.

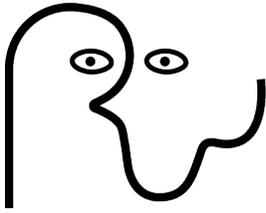


REFERENCES

- AIDA. (2019). Country Report: France. Retrieve from: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2020/04/report-download_aida_fr_2019update.pdf
- AIDA (2020a). Country Report: Belgium. Retrieve from: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-BE_2020update.pdf
- AIDA (2020b). Country Report : France. Retrieve from : https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/03/AIDA-FR_2020update.pdf
- AIDA (2020c). Country Report: Italy. Retrieve from: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2019/04/report-download_aida_it_2018update.pdf
- AIDA (2020d). Country Report: Spain. Retrieve from: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/03/AIDA-ES_2020update.pdf
- AIDA website. (n.d.a). *Asylum information database*. Belgium. <https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/asylum-procedure/procedures/admissibility-procedure/>
- AIDA website. (n.d.b). *Asylum information database*. France. Accelerated Procedure. <https://asylumineurope.org/reports/country/france/asylum-procedure/procedures/accelerated-procedure/>
- AIDA website. (n.d.c). *Asylum information database*. Italy. Short overview of the asylum procedure. <https://asylumineurope.org/reports/country/italy/asylum-procedure/general/short-overview-asylum-procedure/>
- AIDA website. (n.d.d) *Asylum information database*. Spain. Norms and levels of material reception conditions. <https://asylumineurope.org/reports/country/spain/reception-conditions/access-and-forms-reception-conditions/forms-and-levels-material-reception-conditions/>
- ANSA (2019). Italy's high court rules on gay migrant who was denied asylum. 25 April 2019. Retrieved from: <https://www.infomigrants.net/en/post/16522/italy-s-high-court-rules-on-gay-migrant-who-was-denied-asylum>
- ARC International website. SOGI Statements. Retrieved from: <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/>
- Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions website. REcognition of SOGISC rights at the international level. Retrieved from: <https://www.asiapacificforum.net/human-rights/sogisc/recognition-sogisc-rights-international/>
- Boed, R. (1994). The State of the Right of Asylum in International Law. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 5 (1).
- Burdeau, C. (2021). Judge: Italy Illegally Expels Asylum Seekers. *Courthouses News Service*. January 22 2021. Retrieve from: <https://www.courthousenews.com/judge-italy-illegally-expels-asylum-seekers/>



- Camilli, A. (2020). Come cambiano i decreti Salvini sull'immigrazione. Internazionale. Retrieve from: <https://www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2020/10/06/modifiche-decreti-sicurezza-salvini>
- CERSA (2020). La preuve dans les demandes d'asile en raison de l'orientation sexuelle, Rapport de recherche, Avril 2020
- Conseil Constitutionnel (n.d.a). Constitution of October 4, 1958. Official English version. Retrieved from: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf
- Conseil Constitutionnel (n.d.b). Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789. Official English version. Retrieved from: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf
- Correa, S., Petchesky, R. and Parker, R., *Sexuality, Health and Human Rights*, Cambridge University Press, 2008, p. 204. Cited by MacArthur, G. (2015) Securing sexual orientation and gender. Identity Rights within the United Nations Framework and System: Past, Present and Future. The Equal Rights Review. Vol. Fifteen (2015). Pp. 25-54
- Council of Europe. (n.d.). The Council of Europe in brief. Portal web. Retrieve from: <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure>
- Dhoest, A. (2019) Learning to be gay: LGBTQ forced migrant identities and narratives in Belgium, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 45:7, 1075-1089, DOI: 10.1080/1369183X.2017.1420466
- Diaz LaFuente, J. (2014). El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. *Revista de Derecho Político*. No. 89, enero-abril, 2014, pp. 345-388
- El Dia. (2020). 'Acnur pide reforzar la asistencia jurídica a los migrantes que llegan al Archipiélago', 17 July 2020, Retrieved from: <https://cutt.ly/xh1WUD2>.
- European Migration Network [EMN]. (2016). European Migration Network EMN Ad-Hoc Query on NL AHQ on national asylum policies regarding LGBTI-asylum seekers. Requested by NL EMN NCP on 2nd May 2016, p. 7.
- European Migration Network [EMN]. (2019). Annual Report on Migration and Asylum in Belgium. June, 2020.
- EURO-LEX website. (n.d.). *El acceso al derecho de la Unión Europea*. Glosario de las síntesis. https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/norms_hierarchy.html?locale=es
- European Association for the defence of Human Rights [AEDH], International Federation for Human Rights [FIDH] and Euromed Rights (2016). "Safe" countries: A denial of the right to asylum. Retrieve from: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/ReportLargeMovements/FIDH2%20.pdf>
- European Commission [EC]. (n.d.a) Website. European Web Site on Integration. Italy: A new system of reception and integration. 25.01.2021. <https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/italy-a-new-system-of-reception-and-integration>
- European Commission [EC]. (n.d.b). *Migration and Home Affairs*. Common European Asylum System. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en



European Court of Human Rights [ECHR]. (2016). Courttalks disCours. Asylum. Human Rights Education for Legal Professionals. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Asyl_Talk_ENG.pdf

European Court of Human Rights [ECHR]. (2020). Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights. Updated on 31 December 2020. Retrieve from: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_1_eng.pdf

European Justice Website. Belgium. Retrieved from: https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-be-en.do?init=true&member=1

European Union Agency for Fundamental Rights [FRA] website. "Current migration situation in the EU: Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seeker", March 2017. Retrieved from: <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/current-migration-situation-eu-lesbian-gay-bisexual-transgender-and-intersex-asylum>

Giametta, C. (2016) 'Narrativising One's Sexuality and Gender: neoliberal Humanitarianism and the Right of Asylum'. In Stella, F., Taylor, Y., Reynolds, T., Antoine, R. (eds) Sexuality, Citizenship, and Multiple Belongings: Transnational, National, and Intersectional Perspectives. Routledge: New York, pp. 55–72

Goodwin-Gill, G. & McAdam, J. (2007). The Refugee International Law, 3rd edition, Oxford University Press Governance 20(1): 1–21.

Guell, B. (2020). ¿Es España realmente LGBTI-friendly con las personas refugiadas? Las deficiencias del sistema de asilo español para el colectivo LGBTI. Barcelona Centre for International Affairs [CIDOB]. 06.2020. Retrieved from: https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionals_cidob/n1_233/es_espana_realmente_lgtbi_friendly_con_las_personas_refugiadas_las_deficiencias_del_sistema_de_asilo_espanol_para_el_colectivo_lgtbi

Hathaway, J. & Foster, Michelle, (2014). The Law of Refugee Status. Cambridge University Press, 2nd ed., p.101.

Hathaway, J.C. & Pobjoy, J. (2011-2012). "Queer cases make bad law". New York University Journal of International Law and Politics. No315, p.322.

INFOMIGRANTS website. What does Belgium's asylum policy look like? 24/08/2017. Retrieved from: <https://www.infomigrants.net/en/post/4759/what-does-belgium-s-asylum-policy-look-like>

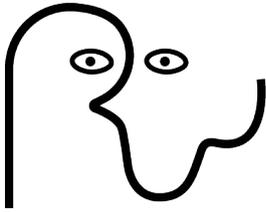
International Commission of Jurists [ICJ] website. SOGI UN Database. <https://www.icj.org/sogi-un-database/>

Jansen, S. y Spijkerboer, T. (2011). Fleeing Homophobia. Asylum Claims related to sexual orientation and gender identity in Europe. Amsterdam: Universidad de Amsterdam, 2011.

Ktos, Agnieszka, Misiuna, J., Pachocka, M., Szczerba-Zawada, A. (Eds.) (2020). European Union and Its Values: Freedom, Solidarity, Democracy. Connecting the European Union of Shared Aims, Freedoms, Values and Responsibilities. Polish European Community Studies Association (PECSA).

Lascombes, P. and Legales, P. (2007) 'Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments from the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation'. Governance 20(1): 1–21.

López-Sala, A. (2020). Los refugiados LGBTI en España. Buscar protección en tiempos de control migratorio. CIDOB. 07.02.2020. <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/381687/474820>



Lysander, M. (2020). Access Denied? – Human Rights Approaches to Compensate for the Absence of a Right to Be Granted Asylum. *University of Vienna Law Review*. Vol. 4 No. 1 (2020), pp. 79-115, <https://doi.org/10.25365/vlr-2020-4-1-79>

MacArthur, G. (2015) Securing sexual orientation and gender. Identity Rights within the United Nations Framework and System: Past, Present and Future. *The Equal Rights Review*. Vol. Fifteen (2015). Pp. 25-54

Martin, M. (2020). El Defensor del Pueblo urge a la Policía a resolver el tapón en las citas para solicitantes de asilo. 11 August 2020. 14:06 CEST. Retrieved from: <https://elpais.com/espana/2020-08-11/el-defensor-del-pueblo-urge-a-la-policia-a-resolver-el-tapon-en-las-citas-para-solicitantes-de-asilo.html>

Office of the High Commissioner of Human Rights UN [OHCHR] (1967). Directrices sobre la 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. HCR/IP/12/09 23 de octubre 2012. Parr.6

Office of the Human Rights Commissioner UN [OHCHR]. (n.d.1). The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies. Retrieve from: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Background Note on the Safe Country Concept and Refugee Status, EC/SCP/68, Sub-Committee on International Protection, 26 July 1991 – <http://www.unhcr.org/3ae68ccec.html>

Prearo, M (2020). The moral politics of LGBTI asylum: how the state deals with the SOGI framework, *Journal of Refugee Studies*, 2020;, feaa047, <https://doi.org/10.1093/jrs/feaa047>

Radjenovic, A. "Reform of the Dublin System", Briefing EU legislations in Progress, for the European Parliamentary Researches Service, 2019.

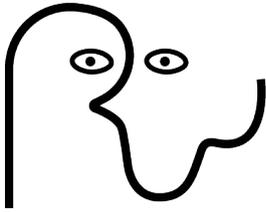
Refugee Legal Aid Information for Lawyers Representing Refugees Globally. (n.d.). Rights in Exile Programme. Retrieve from: [https://www.refugeelegalaidinformation.org/italy-lgbti-resources#:~:text=Article%2010\(3\)%20of%20the.the%20conditions%20established%20by%20law](https://www.refugeelegalaidinformation.org/italy-lgbti-resources#:~:text=Article%2010(3)%20of%20the.the%20conditions%20established%20by%20law)

Robert Schuman Foundation Website. Understanding the new pact on migration and asylum. Retrieved from: <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0577-understanding-the-new-pact-on-migration-and-asylum>

Sánchez-Tomás, José Miguel. «La protección internacional: Especial referencia a la persecución por motivos de orientación sexual». *Crítica Penal y Poder*, n.º 18 (2019), p. 145-154.

SOGICA web site. (n.d.a). 30 raccomandazioni per migliorare l'esperienza delle persone che chiedono protezione internazionale in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere (SOGI) in Italia. Retrieved from: <https://www.sogica.org/it/raccomandazioni-finali/>

SOGICA website. (n.d.b). Italy. Case Study. Retrieve from: https://www.sogica.org/en/case_studies/italy/



Steiner, Eva (2018). French Law: A comparative Approach. Oxford University press.

[doi:10.1093/oso/9780198790884.003.0001](https://doi.org/10.1093/oso/9780198790884.003.0001). Retrieve from:

<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198790884.001.0001/oso-9780198790884-chapter-1>

The EESC critics this New Pact as it mainly focusses on returns and the management of borders. Vid. European Economic and Social Committee [ESC] website. The New Migration Pact: EESC frustrated with "the devil in the detail", <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/news/new-migration-pact-eesc-frustrated-devil-detail>

The United Nations [UN]. (1996). Fact Sheet No. 2 (Rev. 1), The International Bill of Human Rights.

The United Nations High Commissioner for Refugees. [UNHCR]. (2001). Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, parr.15.

The United Nations High Commissioner for Refugees. [UNHCR]. (2002). Introduction of the Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (UHCR/GIP/02/01).

The United Nations High Commissioner for Refugees. [UNHCR]. (2008). Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity. UNHCR.

The United Nations High Commissioner for Refugees. [UNHCR]. (2015). Protecting Persons with diverse sexual orientations and gender identities. A Global Report on UNHCR's Efforts to Protect Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Intersex Asylum-Seekers and Refugees. División de Población de ACNUR

The United Nations High Commissioner for Refugees. [UNHCR]. (2019). Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection.

United Nations Humans Right Council [UNHRC]. (2016). Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. Resolution A/HRC/RES/32/2 adopted 30 June 2016.

--- & ----



Cofinanciado por el Programa Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea (2014-2020)

MÁS INFORMACIÓN:

www.rainbowelcome.eu

El contenido de esta publicación representa únicamente la opinión del autor y es de su exclusiva responsabilidad. La Comisión Europea no acepta ninguna responsabilidad por el uso que pueda hacerse de la información que contiene.

CONTACTO:



info@rainbowelcome.eu



POUR LA SOLIDARITÉ
Rue Coenraets 66
1060 Bruselas, Belgica

PARTICIPÁ!



#RainboWelcome



#RainboWelcome



#RainboWelcome