

ESTUDIOS SOBRE
JURISPRUDENCIA

2018

EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO DE PERSONAS LGBTI EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE DERECHO DE ASILO DE FRANCIA

Sabrina Paula Vecchioni¹

RESUMEN

El presente trabajo analiza los estándares aplicados en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en materia de protección de la población LGBTI en las decisiones adoptadas por la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia en sus más de treinta años de jurisprudencia, buscando establecer la evolución de los diferentes estándares de protección y la incidencia en estos de los documentos de interpretación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, elaborados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, vigentes en el procedimiento de reconocimiento del estatuto de refugiado en la República Argentina.

VOCES

Asilo - Persecución a personas LGBTI - Jurisprudencia de la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia.

¹ Abogada, Universidad de Buenos Aires (2008). Magíster y Diplomada en Ciencias Sociales con mención en Género, Sociedad y Políticas Públicas Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Programa Regional en Políticas Públicas de Género (FLACSO – PRIGEPP). Trabajó en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugiado de la Defensoría General de la Nación entre los años 2012 y 2018. El contenido del presente trabajo fue producido a partir de la traducción no oficial de idioma francés a español de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia disponible en su sitio web en idioma francés: <http://www.cnda.fr/La-CNDA>

EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO DE PERSONAS LGBTI EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE DERECHO DE ASILO DE FRANCIA

Sabrina Paula Vecchioni

ÍNDICE

1. *Introducción*
2. *El reconocimiento de la condición de refugiado en el derecho interno francés*
3. *Conformación y funcionamiento de la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia*
4. *Análisis de la interpretación de la definición clásica de refugiado por motivo de “pertenencia a un determinado grupo social” aplicado a la población LGBTI*
5. *Evolución de los estándares de protección aplicables a las solicitudes de asilo de personas LGBTI en la jurisprudencia de la CNDA de Francia*
6. *Reflexiones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar los estándares en materia de determinación de la condición de refugiado adoptados por la Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia en sus más de treinta años de labor ininterrumpida, con la finalidad de promover una visión comparativa de los criterios adoptados respecto a la aplicación en el ordenamiento jurídico interno francés de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 (en adelante, Convención de 1951), y su Protocolo Adicional de 1967, en los casos de solicitudes de protección internacional formuladas por personas LGBTI².

Cabe destacar que los motivos de persecución asociados a la orientación sexual e identidad de género no fueron considerados en la redacción original de la Convención de 1951³, y su

² A los fines del presente trabajo se utilizarán las siglas “LGBTI” en referencia al colectivo de personas “lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersex”, sin hacer a un lado que este acrónimo, “puede invisibilizar identidades sexuales y de género que resultan específicas para diferentes culturas, [dando] la impresión errónea de que esas identidades se originaron en Occidente y sólo en fecha reciente”. Cfr. Global Rights: Partners for Justice (2010, 14).

³ Así fue establecido en los comentarios a los Trabajos Preparatorios de la Convención de 1951, donde se analizan los artículos del instrumento que mencionan alguna referencia a las “mujeres refugiadas” en relación a aquellas que fueron forzadas a desplazarse de sus países de origen junto a sus esposos y teniendo particular interés en mantener los derechos matrimoniales conforme las legislaciones vigentes. Cabe destacar que para la época de adopción del texto de la Convención no había desarrollos correspondientes al respeto de los derechos humanos de las personas LGBTI. Cfr. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990, disponible en su versión en idioma inglés en: <http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html> [Consulta: 29/08/2018, la traducción nos pertenece]

incorporación se debió a los documentos de interpretación elaborados con posterioridad por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁴ (ACNUR), que sirvieron de guía a los órganos administrativos y judiciales internos de cada país en lo atinente a la provisión de protección internacional.

La diversidad de nacionalidades de los solicitantes de asilo, los motivos asociados a su orientación sexual e identidad de género que llevaron al desplazamiento forzado de sus países de origen y la interpretación de las informaciones objetivas⁵ (país de origen), como subjetivas (situaciones de los/las solicitantes), nos permitirán analizar los estándares vigentes en la materia y su evolución.

El análisis a realizarse nos permitirá establecer los desafíos enfrentados por la CNDA de Francia al momento de aplicar la normativa sobre el reconocimiento del derecho de asilo y las interpretaciones que ampliaron su aplicación al reconocimiento de derechos de las personas LGBTI, siendo la jurisprudencia y los estándares en ella adoptados de suma relevancia para el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la República Argentina⁶.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN EL DERECHO INTERNO FRANCÉS

La evolución en la codificación internacional del derecho de refugiados cobra un nuevo impulso luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de la Organización de las

⁴ Ver ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional No.9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf> [Consulta: 21/08/2018]

⁵ La definición de refugiado contenida en el Artículo 1 A) 2 de la Convención de 1951, ha sido comúnmente dividida en secciones de análisis en los diferentes documentos elaborados por el ACNUR, entendiéndose que las autoridades encargadas del reconocimiento del estatuto de protección deberán verificar la existencia en cada caso concreto de un “elemento subjetivo” y uno “objetivo”. El primero, es decir, el “temor” de ser perseguida: “[...] es subjetivo, la definición implica un elemento subjetivo en la persona que solicita ser reconocida como refugiado. Por consiguiente, la determinación de la condición de refugiado requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante [...]”. Mientras que el segundo, es la fundamentación a los temores alegados a partir de una situación verificable en el país de origen del/la solicitante. Cfr. ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/1P/4/ENG/REV. 3 (en adelante “Manual del ACNUR”), párr.37-38.

⁶ En la República Argentina el procedimiento de determinación de la condición de refugiado se encuentra regido por la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado -Ley N° 26.165-, la que no establece en su definición del estatuto de protección internacional -art.4º-, como en el resto de su articulado, estándares específicos en materia de protección de personas LGBTI. Cabe destacar que esta omisión no fue deliberada, sino que se corresponde con el momento en el cual se adoptó la normativa señalada -2006-, y la situación internacional en cuanto al reconocimiento de derechos del colectivo LGBTI. Al igual que en el caso francés, la definición legal ha evolucionado en su vigencia a partir de la aplicación de los documentos de interpretación elaborados por el ACNUR sobre la temática y que resultan vigentes en el ámbito interno argentino de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley N° 26.165.

Naciones Unidas, lo que permitió la creación y puesta en funcionamiento de la Organización Internacional de Refugiados –antecesora del ACNUR– y la adopción de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951⁷.

Numerosos Estados, a partir de la ratificación de aquel instrumento, incorporaron los derechos allí establecidos, diseñando procedimientos específicos para reconocer el estatuto de refugiado en consonancia con sus instituciones. En el caso de Francia, el 25 de julio de 1952 se sanciona la ley N° 52-893, que crea la Oficina Francesa de Protección de Refugiados y Apátridas (por sus siglas en francés, OFPRA), organismo administrativo encargado del reconocimiento de la condición de refugiado y de apatridia.

En 1953, por medio de una modificación a la ley, se crea, con competencia contenciosa y consultiva, la “Comisión de Asuntos de Refugiados”⁸, tribunal especializado en la resolución de los recursos administrativos presentados luego de que la solicitud de asilo fuera rechazada por la OFPRA. Cabe destacar que sus decisiones pueden ser sometidas al control del Consejo de Estado del cual depende.

Este diseño se vio afectado como consecuencia de los cambios acaecidos a nivel internacional, en mayor medida, como consecuencia de los procesos de descolonización y los conflictos armados que se sucedieron producto de estos. Así, entre 1953 y 1979, la Corte resolvía un total de 300 solicitudes de asilo por año, mientras que hacia 1989 la suma ascendió a 16.515 casos forzando la implementación de modificaciones en su estructura y funcionamiento.

3. CONFORMACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE NACIONAL DE DERECHO DE ASILO DE FRANCIA

La Corte Nacional de Derecho de Asilo de Francia (CNDA) desempeña una función jurisdiccional en materia de resolución de los recursos presentados por los solicitantes de asilo cuyas solicitudes fueron tramitadas y rechazadas por la OFPRA, y una función consultiva por la que responde los pedidos de opinión efectuados por los solicitantes de asilo sobre la anulación

⁷ Si bien los desplazamientos forzados y masivos de población han sido un problema desde los tiempos antiguos, luego de la adopción del Tratado de Paz de Westfalia de 1648 y la conformación de los Estados Nación, comienza la regulación de la institución del asilo y su utilización con fines humanitarios, como también, políticos. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones había realizado numerosos intentos de afrontar los crecientes flujos de desplazamientos de personas con necesidades de protección internacional en la condición de refugiado, como del reconocimiento y protección de las personas que habían perdido su nacionalidad, como consecuencia de la desintegración de sus Estados de nacionalidad. Así, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se adoptó la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, firmada el 28 de octubre de 1933 por cinco países: Bélgica, Bulgaria, Egipto, Francia y Noruega; adhiriendo otros con posterioridad. Es reconocida como el intento de mayor alcance por parte de la organización para definir las responsabilidades de los Estados respecto a los refugiados. Cfr. Jaeger (2001).

⁸ En 2008 se adopta el nombre oficial de Corte Nacional de Derecho de Asilo. Cfr. CNDA, Histoire de la Cour nationale du droit d'asile, disponible en su versión en idioma francés en: <http://www.cnda.fr/La-CNDA/Histoire-de-la-Cour-nationale-du-droit-d-asile> [Consulta: 29/08/2018, la traducción nos pertenece]

de un estatuto, expulsión y/o devolución de una persona previamente reconocida como refugiada⁹.

A los fines de resolver los recursos contra las decisiones adoptadas en la vía administrativa por la OFPRA, la Corte se encuentra organizada en cámaras agrupadas en diferentes secciones o servicios (servicios de registro, centro de investigación y documentación, servicio legal, servicio de intérpretes, etc.). Dadas sus características organizacionales y de creación, a pesar de su nombre, la CNDA es un tribunal de tipo administrativo especializado, que se erige en la primera y última instancia de revisión de los recursos presentados contra las decisiones de la OFPRA; emplazada bajo el control de casación del Consejo de Estado, con competencia en todo el país.

Por las características de sus funciones, los jueces de la CNDA no se limitan a la anulación de la decisión adoptada por el Director de la OFPRA, sino que realizan una evaluación sobre su mérito y el procedimiento llevado a cabo previamente, pues su decisión sustituye a aquella apelada y pueden pronunciarse sobre el derecho del recurrente a su reconocimiento como refugiado y a la obtención de protección subsidiaria en los casos de apatridia.

4. ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN *CLÁSICA* DE REFUGIADO POR MOTIVO DE “PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL” APLICADO A LA POBLACIÓN LGBTI A LA LUZ DE LAS INTERPRETACIONES PROPUESTAS POR EL ACNUR

La persecución hacia las personas LGBTI responde a diversas causas que, en muchos casos, comparten un denominador común que no es otro que la promoción de acciones, leyes y políticas públicas tendientes a la restricción de derechos, estigmatización y represión, como consecuencia de la no aceptación de modos de vida ajenos al modelo heterosexual.

En muchos países gran parte de la población se ve forzada a ocultar su orientación sexual e identidad de género para proteger su vida e integridad. Otros, frente a estas acciones, son forzados a desplazarse¹⁰. En estos casos, surge la necesidad de interpretar la normativa internacional en materia de determinación de la condición de refugiado de manera evolutiva y en consonancia con los estándares de protección vigentes en otras ramas del derecho internacional como es el caso de los derechos humanos.

⁹ Sobre las diferentes competencias de la CNDA ver: <http://www.cnda.fr/La-CNDA/Competences-de-la-CNDA> [Consulta: 29/08/2018, la traducción nos pertenece]

¹⁰ ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, párrs. 51-55.

Una consecuencia de la evolución en la interpretación de la definición clásica contenida en la Convención de 1951¹¹ se dio a partir de la elaboración por parte del ACNUR de diversos documentos tendientes a brindar herramientas a los organismos decisores en los ámbitos internos para el reconocimiento del estatuto de refugiado a personas LGBTI¹². En la mayoría de estos casos el “motivo convencional” utilizado no es otro que la pertenencia a un determinado grupo social¹³ –lo que implica que deberá analizarse la legislación, el contexto social, político y religioso del país de origen del/la solicitante– y su situación personal¹⁴. Así, sin perjuicio del posible encuadre de su caso en los otros motivos convencionales, se determina si las personas

¹¹ La denominada definición clásica de refugiado establecida en el Artículo 1 (A) 2) de la Convención de 1951 establece que: “*A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: [...] Que, [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*”.

¹² Esta evolución se da a partir de 2004 cuando la Asociación de Abogados de Tokio solicitó al ACNUR que proporcionara “[...] información adicional relativa a las siguientes cuestiones: i. si una solicitud basada en la orientación sexual puede satisfacer uno de los motivos enumerados en el artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante, la Convención de 1951); ii. si existe un riesgo verdadero de ser perseguido por este motivo”. En este documento se analizó la grave situación de discriminación social, política, legal y religiosa a la que se ven sometidas las personas LGBTI, quienes en muchas ocasiones deben vivir ocultando su identidad de género y/u orientación sexual. Es por ello que se propone el análisis de la situación del país de origen del solicitante a los fines de determinar la existencia de una situación objetiva de discriminación, como consecuencia de legislación que criminaliza la homosexualidad u otra forma de vida no-heterosexual, las existencias de prácticas sociales y religiosas que constituyen discriminación en este sentido; como también, el análisis de las experiencias de vida del/la solicitante a los fines de la determinación de su credibilidad, señalando que “[...] [n]o hay ningún requisito de persecución pasada y el hecho de que el solicitante nunca fuera procesado por su práctica sexual no excluye que tenga un fundado temor de persecución”. Cfr. ACNUR, Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation, 3 de septiembre de 2004, párr. 3, disponible en su versión en idioma inglés: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> [Consulta: 28/09/2018, la traducción nos pertenece]

¹³ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional No. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>; párr.41.

¹⁴ La situación personal en tanto percepción propia de los hechos vividos puede llevar a que en numerosos casos la persecución sufrida sea por la imputación de una determinada orientación sexual o identidad de género no siendo necesariamente aquella con la que se identifica el/la solicitante. En estos casos, puede llegarse al reconocimiento del estatuto de protección internacional. Ver ACNUR, Directrices sobre protección internacional No. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753>, párr. 32; ACNUR, Opinión Consultiva del ACNUR para la Asociación de Abogados de Tokio respecto de las solicitudes de la condición de refugiado por motivos de orientación sexual, 3 de septiembre de 2004, párr. 5, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8948>; Kwasi Amanfi c. John Ashcroft, Fiscal General, EE.UU., Nos. 01-4477 y 02-1541, (3° Cir. 2003), 16 de mayo de 2003, disponible en su versión en idioma inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>, que refiere a un solicitante que hizo una denuncia por la persecución a causa de la homosexualidad imputada [Consulta: 03/09/2018, la traducción nos pertenece].

LGBTI son identificadas y asociadas a patrones significativos de discriminación por su orientación sexual e identidad de género¹⁵.

La pertenencia a un determinado grupo social como motivo de persecución surge de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951 a proposición de la delegación sueca. Las razones de la propuesta nunca fueron reveladas y, de acuerdo con los archivos de la conferencia, el representante de dicha delegación no brindó ninguna explicación respecto de la inclusión de la noción de “pertenencia a un grupo social” y no se observó debate sobre su contenido. No existe consenso entre los especialistas sobre este punto; para algunos, la noción de grupo social era una manera de integrar formas o circunstancias de persecución no tradicionales sin especificar cuáles¹⁶. Su definición, evolución e interpretación ha permitido la inclusión de numerosas problemáticas ajenas al contexto histórico de adopción de dicho instrumento internacional. Sin embargo, siempre se ha buscado que su aplicación no desvirtúe el espíritu del texto original de 1951¹⁷.

Asimismo, de la práctica de los Estados en la aplicación de la definición de refugiado se han logrado establecer algunos requisitos cuya verificación resulta necesaria para la vigencia del supuesto de persecución, a saber: el grupo debe poseer características innatas y/o inmutables, estar definido con cierta preexistencia a la persecución, o por una condición de asociación fundamental para la dignidad humana que debería estar en la obligación de renunciar a éste; no siendo necesario que la persona necesitada de protección internacional se reconozca como un miembro perteneciente a dicho grupo, por lo que la determinación de la existencia del grupo, verificación de sus características, persecución e inclusión de los individuos objeto de persecución, quedara a cargo de la autoridad encargada del reconocimiento del estatuto de protección internacional.

La interpretación evolutiva de las normas comentadas nos conduce a analizar la complementariedad de las normas internacionales de derechos humanos que reconocieron aquellos derechos acordados a las personas LGBTI, en particular, en cuanto a su acceso y goce efectivo; las responsabilidades estatales de los países de origen, como también de aquellos a los que se solicita el reconocimiento del estatuto de protección internacional¹⁸. En este punto, no

¹⁵ Molnar c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración), 2005 FC 98, Canadá, Tribunal Federal, 21 de enero de 2005, disponible en idioma inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fe81df2.html> [Consulta: 03/09/2018, la traducción nos pertenece]

¹⁶ Helton (1983) y Tuit (1996), citados en Kobelinsky (2012, 13-29).

¹⁷ ACNUR, Directrices sobre protección internacional No. 2: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002, HCR/GIP/02/02, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3db6ac874.html> [Consulta: 29/09/2018]

¹⁸ El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", mientras que su artículo 2 señala que "toda persona tiene los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración". Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de

puede hacerse a un lado la trascendencia de 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 (2007) que, aunque no son vinculantes para los Estados, reflejan la existencia de estándares de derecho internacional y el reconocimiento de derechos para las personas LGBTI con base en su identidad de género y la orientación sexual en tanto circunstancias de tipo transversal con la virtualidad suficiente para impactar en el acceso y goce efectivo de derechos humanos de los sujetos involucrados. El Principio N° 23, describe el derecho a solicitar y obtener asilo en los casos de persecución basada en la orientación sexual y/o identidad de género. A tal efecto, reconoce que:

...toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución, o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género.

En cuanto a las bases sobre las cuales se sustenta el reconocimiento del estatuto de protección internacional, la jurisprudencia internacional ha entendido que ello se corresponde con el hecho de que las personas LGBTI, al igual que el resto, gozan del derecho a vivir una vida libre de toda forma de discriminación, sin necesidad de ocultar su identidad de género y/u orientación sexual¹⁹.

Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. La referencia a “toda persona” se entiende que incluye a las personas LGBTI, en el reconocimiento de su derecho a gozar de la protección prevista en el derecho internacional de los derechos humanos basado en la igualdad y la no discriminación. Cfr. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, "Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género", 17 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8327> [Consulta: 29/09/2018]. En igual sentido el Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, también elaborado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2017, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/095/53/PDF/G1709553.pdf?OpenElement> [Consulta: 29/09/2018]. Aunque los principales tratados internacionales de derechos humanos no reconocen explícitamente el derecho a la igualdad sobre la base de la orientación sexual y/o identidad de género, la discriminación por estos motivos se encuentra prohibida por el derecho internacional de derechos humanos. Así, el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia con base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Cfr. Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 18 del PDGP: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1404> [Consulta: 29/09/2018].

¹⁹ Cfr. ACNUR, *UNHCR intervention before the Supreme Court of the United Kingdom in the case of HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, 19 de abril de 2010, disponible en su versión en idioma inglés: <http://www.refworld.org/docid/4bd1abbc2.html> [Consulta: 29/09/2018, la traducción nos pertenece] Ver

5. EVOLUCIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN APLICABLES A LAS SOLICITUDES DE ASILO DE PERSONAS LGBTI EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CNDA DE FRANCIA

La jurisprudencia de la CNDA relativa a solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado por motivos de persecución asociados a su orientación sexual y/o identidad de género, ha sido, en su mayoría, analizada en aplicación del motivo convencional de “pertenencia a un determinado grupo social”, tal como se verifica en la mayoría de los países que han ratificado la Convención de 1951 y resuelven las solicitudes de asilo ante ellos presentadas conforme las directrices de interpretación adoptadas por el ACNUR²⁰.

Más allá de esto, el desarrollo normativo ha llevado a un cambio de paradigma y de interpretación jurisprudencial en consonancia con la evolución presente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y la inclusión a partir de documentos de interpretación elaborados por el ACNUR en el marco de sus competencias y atribuciones.

La CNDA no ha sido ajena a este proceso y se destaca cómo, entre los años 1999 y 2005, se exigía que el/la solicitante de asilo manifestara de forma “ostensible” su pertenencia al grupo social determinado, en particular en los casos de personas gays y lesbianas. Como ejemplo de ello, en una decisión de 1999, sostuvo que “...podía establecer que M.D., de nacionalidad argelino, luego de haber roto todo contacto con su familia a causa de su homosexualidad, frecuentaba lugares de encuentro de homosexuales en Orán y había mantenido relaciones con asociaciones francesas de defensa de homosexuales y lucha contra el SIDA”; estos comportamientos llevaron a que fuera detenido en el mes de junio de 1997 y brutalmente agredido por las fuerzas policiales. Luego de su liberación, comenzó a recibir amenazas sobre su posible incorporación forzada a las “milicias populares”²¹, le fue denegada por las autoridades la

también, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 de julio de 2010, disponible en su versión en idioma inglés: http://www.refworld.org/cases,UK_SC,4c3456752.html [Consulta: 29/09/2018, la traducción nos pertenece].

²⁰ Conforme lo establecido por el ACNUR: “*Los cinco motivos de la Convención, es decir, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política, no son mutuamente excluyentes y pueden solaparse. Más de un motivo de la Convención puede ser relevante en un caso dado. Las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género son reconocidos más comúnmente bajo la ‘pertenencia a un determinado grupo social’. Sin embargo, otros motivos también pueden ser relevantes dependiendo del contexto político, religioso y cultural de la solicitud*”. ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional No. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012, p.21.

²¹ Las milicias populares se formaron durante la década en 1990 en Argelia con apoyo de las fuerzas de seguridad gubernamentales para combatir actos terroristas. Sin embargo, los ataques contra civiles, incluyendo personas gays, lesbianas, transexuales, y el reclutamiento forzoso de niños, junto a otras violaciones de los derechos humanos, eran actos comúnmente realizados por estos. Cfr. United Kingdom: Home Office, *UK Home Office Immigration and Nationality Directorate Country Assessment - Algeria*, 1 de abril de 2003, disponible en su versión en idioma inglés: <http://www.refworld.org/docid/3f4f24de3.html>; United Kingdom: Home Office, UK Home Office Immigration

renovación de su pasaporte y fue sometido a vigilancia por parte de la policía y otras autoridades de seguridad de dicho país. Estos hechos llevaron al tribunal, luego de analizar la situación imperante en el país de origen del solicitante, a concluir que:

...dadas las condiciones actuales en Argelia, las personas que se consideran homosexuales y así lo demuestran son expuestas a actos persecutorios judiciales fundamentados en las disposiciones del código penal, que reprimen la homosexualidad, entre otros, con medidas de vigilancia policial. En estas circunstancias, los temores que puede experimentar el Sr. M.D. resultan razonables debido a su comportamiento y [su caso] debe considerarse como pertenencia a un grupo social en el sentido de las estipulaciones mencionadas anteriormente del Artículo 1, A, 2 de la Convención de Ginebra.

De esta forma, se le reconoció protección internacional²².

La exigencia de probar la existencia de una normativa que criminalice la orientación sexual, sumado a una actividad pública y manifiesta contraria a dichas normas, es un estándar de prueba demasiado estricto en cuanto a los parámetros de credibilidad que rigen el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Además, resulta estigmatizante para los/las solicitantes, más aún si se considera la falta de capacitación de los funcionarios respecto a normas de protección y derechos de la población LGBTI²³.

Otro de los estándares en materia probatoria requerido a los solicitantes es la manifestación de haber tenido relaciones con personas del mismo sexo y/o haber tenido relaciones amorosas de extensa duración, su conocimiento por miembros de la familia o de la comunidad en general y atribuir a la exposición pública y el rechazo social un elemento de rigor. De esta forma, se buscaba establecer el grado de sufrimiento y exclusión y determinar el umbral de lo tolerable en un contexto social y religioso y si merece, por lo tanto, la protección internacional requerida²⁴.

and Nationality Directorate Country Report - Algeria, 1 de abril de 2004, disponible en su versión en idioma inglés: <http://www.refworld.org/docid/40a8877a0.html> [Consulta: 01/10/2018, la traducción nos pertenece].

²² CRR SR 12 mai 1999 M. D. n° 98006017/328310 R

²³ Así lo ha destacado el ACNUR, al referirse a la falta de capacitación de los entrevistadores en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y de los funcionarios encargados de la decisión de estas solicitudes siendo necesaria no solo la capacitación sobre estándares normativos, sino también la sensibilización sobre los problemas de discriminación estructural y transversal que suelen enfrentar las personas LGBTI en diferentes países del mundo. Cfr. ACNUR, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex - División de Protección Internacional, diciembre 2015, disponible en: <http://www.acnur.org/5b6c527b4.pdf>, pág. 40 [Consulta: 29/09/2018].

²⁴ La CNDA decidió en sentido negativo en el caso de una mujer de nacionalidad moldava que declaró ser lesbiana y pertenecer a una familia cristiana ortodoxa practicante, quienes al descubrir que mantenía una relación amorosa con una de sus primas desde el año 1995 comenzaron a acosarla hasta excluirla del núcleo familiar. Sumado a ello, su orientación sexual fue hecha pública lo que desembocó en la pérdida de su empleo, abandonando el país en 1996, y tomando conocimiento con posterioridad que su pareja cometió suicidio como consecuencia de la exposición y

La interpretación de los hechos capaces de erigirse en persecución con base en la orientación sexual e identidad de género²⁵ fue modificada con posterioridad en la jurisprudencia internacional. A ese fin, se entendió que no debía exigirse la demostración alguna de conocimiento por las autoridades del país de origen.

La modificación del temperamento es acompañada por una norma regional, la Directiva N° 83/2004 del Consejo Europeo, en la que se establecen²⁶ estándares mínimos relativos a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Entre ellas, se adopta una definición del motivo convencional “pertenencia a un determinado grupo social” y se señala:

...Motivos de persecución 1. Al valorar los motivos de persecución, los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos: d) se considerará que un grupo constituye un

el acoso constante a causa de su orientación sexual. A pesar de las declaraciones de la solicitante y de la existencia de legislación que promueve la criminalización de la homosexualidad en ese país, la Corte consideró que no se había probado de manera suficiente la persecución alegada a los fines de su encuadre dentro del motivo convencional de “pertenencia a un determinado grupo social”: “[...] no surge de la investigación que la interesada haya manifestado de manera ostensible su homosexualidad o que hubiera estado expuesta a persecución judicial, ya que el artículo 106 del Código Penal que reprimía la homosexualidad fue derogado por el Parlamento moldavo el 15 de junio de 1995; tampoco surge que se encuentre comprendida dentro de un grupo lo suficientemente identificable a los fines de su identificación y determinación como grupo social en el sentido del artículo precedentemente mencionado. Así los hechos reseñados no poseen una naturaleza suficiente que permita la aplicación de las estipulaciones del artículo 1 A 2 señalado [Convención de 1951]. CRR 25 mars 2005 Mme G. n° 04039953/513547 C+. CNDA, Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile: Principales décisions de 1982 au 31 décembre 2011, marzo de 2012, disponible en su versión en idioma francés: <http://www.refworld.org/docid/500517652.html>, p.81 [Consulta: 01/10/2018, la traducción nos pertenece]. Por otro lado, el referido tribunal en un caso de similares características en la Federación Rusa, consideró que a pesar de encontrarse derogada la norma penal que tipificaba como delito las relaciones con personas del mismo sexo, las prácticas sociales y religiosas en cuanto al rechazo a la homosexualidad y la persecución entablada contra quienes demostraban su orientación sexual o se presumía que fuera una distinta a la heterosexual, permitía el reconocimiento del estatuto de refugiado en tanto conformaban un segmento de la población determinable en aplicación del motivo “pertenencia a un determinado grupo social”. Cfr. CNDA, CRR 21 octobre 2005 M. K. n° 04020851/495394 C+, Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile: Principales décisions de 1982 au 31 décembre 2011, marzo de 2012, disponible en su versión en idioma francés: <http://www.refworld.org/docid/500517652.html>, p.82-83 [Consulta : 01/10/2018, la traducción nos pertenece]. Igual temperamento se mantuvo en un precedente posterior de 2006, estableciendo que los homosexuales en Ucrania, atendiendo a las condiciones imperantes en el país conforman un grupo social determinado en el sentido acordado en la definición clásica de refugiado contenida en la Convención de 1951. Cfr. CNDA, CE 23 août 2006 OFPRA c./ Mme S. n° 272679 B, Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile: Principales décisions de 1982 au 31 décembre 2011, marzo de 2012, disponible en su versión en idioma francés: <http://www.refworld.org/docid/500517652.html>, p.82-83 [Consulta : 01/10/2018, la traducción nos pertenece].

²⁵ Cfr. Bromfield c. Mukasey, EEUU, 543 F. 3d 1071, 1076 a 1077 (9° Cir. 2008), 15 de septiembre de 2008, disponible en idioma inglés: <http://www.refworld.org/refworld/docid/498b08a12.html>; RRT Caso No. 1102877, RRTA 101, Australia, Tribunal de Revisión para Refugiados, 23 de febrero de 2012, párr.91, disponible en idioma inglés: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html> [Consulta: 03/10/2018, la traducción nos pertenece]

²⁶ Consejo de Europa, Directiva 83/2004, 29 de abril de 2004, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/304/L00012-00023.pdf> [Consulta: 29/09/2018]

determinado grupo social si, en particular: los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. [...] **En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo...**²⁷ (El resaltado nos pertenece).

En 2006, el Consejo de Estado francés, en aplicación de aquella Directiva, consideró que la CNDA había fallado de manera incorrecta al no considerar, en el caso de un solicitante transexual de nacionalidad argelina, que el contexto social y normativo lo condenaban al ostracismo como consecuencia de su orientación sexual:

...los hechos de persecución alegados por el solicitante demuestran su pertenencia a un determinado grupo social de acuerdo a lo establecido en la Convención de Ginebra, de acuerdo a las investigaciones sobre la situación de los transexuales en Argelia, las que permiten establecer su constitución como un determinado grupo social, donde sus miembros en razón de sus características comunes que los definen a los ojos de las autoridades y de la sociedad argelina, los vuelven susceptibles de ser víctimas de hechos de persecución, lo cual no fue justificado legalmente por la Comisión en su decisión. Las consideraciones expuestas fundamentan la anulación de la decisión de la Comisión de recursos de refugiados de fecha 7 de julio de 1995²⁸.

Para 2010, a partir de dos sentencias del Consejo de Estado francés en concordancia con la Directiva N° 83/2004, se establece que en los casos de solicitantes de asilo forzados a desplazarse de sus países de origen como consecuencia de la persecución por su orientación sexual u identidad de género no debe exigirse la “manifestación ostensible o la participación en movimientos o protestas de reconocimiento de derechos” a los fines de establecer la “pertenencia a un determinado grupo social”²⁹.

²⁷ *Ibíd*, artículo 10.

²⁸ CE, 23 juin 1997 M. O. n°171858 A, Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile: Principales décisions de 1982 au 31 décembre 2011, marzo de 2012, disponible en su versión en idioma francés: <http://www.refworld.org/docid/500517652.html>, p. 84 [Consulta : 03/10/2018, la traducción nos pertenece].

²⁹ Cfr. CE, 14 de junio de 2010 OFPRA c. / A. n° 322669 A y OFPRA c. / M. H n° 323671 C.

En un caso de 2011, la CNDA reconoció la existencia de persecución con motivo en la orientación de un solicitante de nacionalidad camerunés y la aplicación de la definición clásica de refugiado conforme lo establecido en la Convención de 1951 por pertenencia a un determinado grupo social. Fundamentó su decisión en un análisis razonado de las condiciones propias del solicitante en conexión con la situación imperante en su país de origen. Para eso, refirió que el Sr. M.N.,

...había sido víctima de persecución en su país de origen como consecuencia de su orientación sexual: que el 2 de febrero de 2006, había sido detenido por autoridades policiales en la habitación de un hotel mientras se encontraba con su pareja, fue llevado a una comisaría donde fue violentamente interrogado por las autoridades y luego de ser condenado fue encarcelado en el penal de Kodengui, donde fue víctima de diversos abusos por parte del jefe de celdas. Fue liberado el 2 de febrero de 2008, luego del pago de una suma de dinero considerable en concepto de multa, y vivió escondido en las ciudades de Youandé y Douala por temor a lo que pudieran hacerle los vecinos. Regresó a su pueblo para el funeral de su padre siendo rechazado por su familia y los habitantes del lugar por ser homosexual, perdiendo los derechos de herencia por esta razón, abandonando Camerún en 2008 [...] Cabe destacar la situación imperante en Camerún donde existe una legislación represiva que sanciona con pena de prisión a aquellas personas que mantienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo. Tampoco puede hacerse a un lado que los homosexuales suelen ser el blanco de diversos ataques por parte de agentes estatales. Dadas las condiciones imperantes en Camerún, la situación de las personas homosexuales, no importante si manifestaron de forma ostensible y abierta su orientación sexual, permite establecer que constituyen un grupo pasible de persecución, con características comunes que los definen a ante las autoridades y la sociedad camerunesa, que frente a estas condiciones, se consideran suficientemente probado la pertenencia del solicitante a un determinado grupo social conforme las estipulaciones de la Convención de Ginebra, siendo pasible de persecución en caso de regresar a su país de origen³⁰.

La postura amplía en cuanto a la consideración de la situación del/la solicitante y del contexto social, político, religioso y normativo de su país de origen a los fines de establecer su necesidad de protección internacional se mantiene en los precedentes de la CNDA. Como ejemplo de esto, en un fallo reciente en el que se discutía el reconocimiento como refugiado de un hombre venezolano gay que había sido víctima de diversos hechos de persecución como consecuencia de su orientación sexual, el tribunal se pronunció sobre la existencia de una situación de persecución por orientación sexual e identidad de género a pesar de la prohibición normativa de

³⁰ CNDA, 10 janvier 2011 M. N. n° 09012710 C+, Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile: Principales décisions de 1982 au 31 décembre 2011, marzo de 2012, disponible en su versión en idioma francés: <http://www.refworld.org/docid/500517652.html>, p. 83-84 [Consulta : 01/10/2018, la traducción nos pertenece].

discriminación sobre esa base. Esta norma, explicó, no excluía la existencia de discriminación por parte de la sociedad y de las autoridades estatales hacia la población LGBTI.

...En Venezuela, si bien la legislación prohíbe formalmente la discriminación con base en la orientación sexual, los homosexuales son generalmente estigmatizados por la sociedad. El informe anual de la organización no gubernamental Freedom House publicado en enero de 2017 señala que, si bien la discriminación por la orientación sexual se encuentra prohibida, los miembros de la comunidad LGBTI en Venezuela son objeto de una estigmatización generalizada, también son víctimas de diversos hechos de violencia por una sociedad poco tolerante hacia esta minoría. Esta situación se agrava con la crisis económica y política, conforme lo informaron las asociaciones venezolanas Centro de justicia y paz (CEPAZ), Asociación Civil Mujeres en Línea, Freya y Avesa, en un informe conjunto titulado “Mujeres al límite – El peso de la emergencia humanitaria: vulneración de los derechos humanos de las mujeres en Venezuela”, publicado el 9 de noviembre de 2017, donde señalaron que las parejas homosexuales son excluidas de la distribución de alimentos por el Estado. La denigración de la población LGBTI se encuentra presente en los discursos de las autoridades estatales y del propio presidente Maduro, que de manera constante emplea expresiones homofóbicas en sus mensajes oficiales [...] Por lo expuesto, resulta que las personas homosexuales constituyen en Venezuela un grupo social con características esenciales que no pueden ser renunciadas y que se encuentran estrechamente vinculadas a la orientación sexual, siendo por ello perseguidas por la sociedad y las instituciones...³¹.

6. REFLEXIONES FINALES

El análisis precedente permite establecer las graves dificultades que enfrentan las jurisdicciones internas al momento de aplicar la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951. Sumado a cuestiones propias de las estructuras organizativas y los ordenamientos jurídicos internos -en este caso, el derecho interno francés, similar a nuestro ordenamiento jurídico-, no se puede hacer a un lado los contextos históricos que no consideraron el tratamiento e inclusión de las diversas formas de discriminación de la que son objeto las personas LGBTI y el hecho de su inclusión dentro de los motivos de temor fundado de persecución para el reconocimiento de la protección internacional en un país distinto a aquel de origen.

La evolución normativa en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido la inclusión e interpretación armónica de una Convención adoptada con la finalidad de establecer soluciones al problema de los desplazamientos forzados. Sin embargo, esta evolución en la interpretación no ha sido pacífica. En principio, la ausencia de terminologías

³¹ CNDA, 14 de mayo de 2018 M.F.G. N° 17052687, disponible en su versión en idioma francés en: http://www.cnda.fr/content/download/136338/1380880/version/2/file/CNDA%2014%20mai%202018%20M%20F.%20G.%20n%C2%B017052687%20C.pdf?utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=f5d6579ba8-EMAIL_CAMPAIGN_2018_06_20_05_03&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-f5d6579ba8-422310569 [Consulta: 03/10/2018, la traducción nos pertenece]

específicas y de su adaptación a los criterios normativos nacionales se tradujeron en la existencia de estándares probatorios rigurosos, muchas veces de imposible cumplimiento por los/las solicitantes. Así, la falta de capacitación de los funcionarios encargados de decidir las solicitudes de asilo, la falta de información disponible sobre la situación de las personas LGBTI en los países de origen, como la consideración con un excesivo rigor formal, se traducían en barreras que imposibilitaban la aplicación de la Convención de 1951 desvirtuando su naturaleza humanitaria.

En la actualidad, la existencia de informes sobre la temática, la activa labor de diversas organizaciones no gubernamentales en favor del reconocimiento de derechos de las personas LGBTI, como la elaboración de documentos de interpretación por parte del ACNUR han permitido que las jurisdicciones internas, como fue el caso de la CNDA de Francia, modificara su jurisprudencia. De esta forma, es posible sostener que los estándares jurídicos aplicados para resolver los casos que se comentaron a lo largo de este trabajo pueden constituir precedentes importantes a la hora de fundamentar solicitudes de este tipo en otras jurisdicciones, como es el caso de la República Argentina.

El panorama descrito nos convoca a una activa reflexión sobre el valor de las decisiones referidas y su utilización en las acciones de litigio adoptadas desde la defensa pública con la debida adaptación a los estándares regionales y nacionales vigentes en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Global Rights: Partners for Justice. 2010. *Cómo lograr credibilidad y fortalecer el activismo: una guía para la incidencia en temas de sexualidad.*

Jaeger, Gilbert. 2001. "On the History of the International Protection of Refugees". *International Review of the Red Cross*, 83 (843): 727-737.

Kobelinsky, Carolina. 2012. "Ver o no ver al refugiado. La evaluación de las solicitudes de asilo (por motivos sexuales) en Francia". *Revista Temas de Antropología y Migración*, 4: 13-29.