

Orientación sexual e identidad de género: avances en la legislación de la UE

Evangelia (Lilian) Tsourdi

La versión enmendada de la Directiva de Reconocimiento de la UE, adoptada en 2011, marca un avance adicional para garantizar los derechos de los solicitantes LGBTI al agregar explícitamente la identidad de género junto con la orientación sexual como motivos de persecución.

La UE está en proceso de establecer un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que se está desarrollando en dos fases. Durante la primera fase se adoptó la Directiva de Reconocimiento de la UE (Directiva 2004/83/CE del 29 de abril de 2004) que estableció dos categorías distintas de personas protegidas: los refugiados y los beneficiarios de protección subsidiaria. Esta crea las normas para la definición de estas categorías, así como los derechos que corresponden a cada categoría.

La Directiva, en el artículo 10, conservó el enfoque de la Convención de 1951 en el sentido que el individuo, para ser reconocido como refugiado, debe ser perseguido por uno o más de los siguientes motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. La orientación sexual por tanto no fue explícitamente incluida como motivo autónomo de persecución. Sin embargo, la Directiva también estableció algunas directrices adicionales al proporcionar definiciones más detalladas de estos cinco motivos.

El artículo 10 (1)(d) de la Directiva declara que: "En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, en el concepto de grupo social determinado podría incluirse un grupo basado en una característica común de orientación sexual. [...] 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". Aunque esta enunciación no era particularmente fuerte, la mención explícita de la orientación sexual como una característica común que define a un determinado grupo social, fue en sí misma un paso adelante hacia el mejoramiento de los derechos de los solicitantes LGBTI. Se instó a quienes toman las decisiones a nivel nacional en los Estados miembros de la UE a tener en consideración durante la evaluación de las solicitudes la orientación sexual de los solicitantes, así como aspectos relacionados con el género.

A pesar de este positivo avance, la disposición también incluye algunas limitaciones. El concepto de identidad de género no fue mencionado

expresamente. Además, el artículo 10 (1)(d) prevé que los solicitantes deben poseer una "característica inmutable" y ser percibidos por la sociedad como poseedores de esa característica con el fin de ser considerados miembros de un determinado grupo social. Esto no es congruente con gran parte de la jurisprudencia nacional, ni con la posición del ACNUR sobre el tema, el cual es que "un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad".¹

En la práctica, por un lado, si el perseguidor percibe a un individuo como poseedor de una característica particular y decide perseguirlo por este motivo, importa poco que en realidad el individuo posea esta característica o no; por lo tanto, la percepción social debería ser suficiente. Por otra parte, como subraya el ACNUR, no se requiere que los miembros del grupo social se asocien, o que sean socialmente visibles, para los efectos de la definición de refugiado; por lo tanto, poseer la característica inmutable debería ser suficiente.² Un estudio sobre la incorporación de la Directiva en la legislación nacional reveló que algunos Estados miembros exigieron que se cumplieran ambas condiciones, mientras que otros no lo hicieron.³

Directiva de Reconocimiento de 2011: Pros y contras

La segunda etapa del desarrollo del SECA tenía el ambicioso objetivo de crear un procedimiento común de asilo y una condición uniforme válida en toda la UE. A pesar de los avances en el ámbito de la definición presentados por la Directiva de Reconocimiento de 2004, un estudio en 2011 sobre el tratamiento de las solicitudes de asilo relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género reveló que aún existían considerables diferencias en la manera en que los Estados miembros de la UE tratan las solicitudes de LGBTI.⁴

Los Estados miembros de la UE adoptaron una versión enmendada de la Directiva de

Reconocimiento en 2011 y esta versión marcó un progreso, haciendo referencia explícita a la identidad de género. La segunda parte del texto pertinente del artículo 10 (1)(d) de la Directiva fue sustituido como sigue: “Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo.”

Ahora, la Directiva no sólo incluye explícitamente la identidad de género, sino que también implica la obligación de que quienes toman las decisiones de tener en cuenta los aspectos relacionados con el género, incluyendo la identidad de género – que se refleja en el uso de “tendrán” en lugar de “podrían”. Incluso con esta fortalecida enunciación y la inclusión de la identidad de género, no incluye inequívocamente a las personas intersexuales, a pesar de que la Directiva reconoce en el artículo 9 (2) que los actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños están comprendidos en el concepto de persecución y estas dos referencias pueden ser relevantes en casos de persecución de personas intersexuales.⁵

Lamentablemente, la Directiva de 2011 conserva la palabra “y” entre las frases que se refieren a características inmutables y la percepción social; lo que podría llevar a que quienes toman las decisiones a nivel nacional exijan el cumplimiento de ambos elementos si los solicitantes han de ser considerados miembros de un determinado grupo social, una práctica que deja a ciertos solicitantes sin protección. Por último, ambas versiones de la Directiva consideran la orientación sexual y la identidad de género dentro del motivo de pertenencia a determinado grupo social. Sin embargo, el ACNUR subrayó en sus recientes Directrices sobre solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género, “otros motivos también pueden ser relevantes dependiendo del contexto político, religioso y cultural de la solicitud. Por ejemplo, los activistas LGBTI y defensores de derechos humanos (o aquellos percibidos como activistas/defensores) pueden tener una o ambas solicitudes basadas en la opinión política o la religión si, por ejemplo, se considera que su defensa va en contra de los puntos de vista y/o prácticas políticos o religiosos prevalecientes”.⁶

Evangelia (Lilian) Tsourdi liliantsourdi@gmail.com es candidata a doctorado en la Université Libre de Bruxelles y asistente de investigación en la Université Catholique de Louvain.

1. ACNUR, *Directrices sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002, párr. 11, www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1754.pdf
2. 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*, 2012, párr. 48, www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8986.pdf
3. Red Académica Odysseus, *Directiva 2004/83: Informe sobre la Directiva de reconocimiento, realizado por DG JLS de la Comisión Europea*, 2007, pp. 52-53
4. Ver Spijkerboer, T y Jansen, S, *Huyendo de la homofobia: solicitudes de asilo relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género en Europa*, 2011, <http://tinyurl.com/huyendo-homofobia> Ver también el artículo de Śledzińska-Simon y Śmiszek pp 16-17.
5. ILGA-Europa, *Directrices sobre la transposición de la Directiva de Reconocimiento del asilo: protección de los solicitantes de asilo LGBTI*, 2012, p.9 <http://tinyurl.com/ILGA-Tsourdi-2012>
6. www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8986.pdf Ver también el artículo de Türk pp. 5-8.

