

LOS PROCESOS PROBATORIOS DE SOLICITUDES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EUROPA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EUROPA: DE LA PENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA SANCIÓN DE LA HOMOFOBIA.—3. LA PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE ASILO.—4. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE EN LOS PROCESOS PROBATORIOS PARA LA OBTENCIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.—4.1. Algunas reflexiones sobre la dificultad de la prueba.—4.2. El principio de libertad de prueba en los procesos probatorios de asilo.—4.3. Las pruebas prohibidas a la luz de la jurisprudencia europea.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra asilo, de origen griego, significa textualmente «sin captura, sin violencia, sin devastación». El origen del término y las primeras instituciones que pueden equipararse a lo que hoy conocemos por tal, tuvieron un componente eminentemente religioso. Tanto en la tradición germánica como en la románica, las dos grandes fuentes de nuestros sistemas jurídicos actuales, determinados lugares de culto eran considerados como inviolables, otorgándose protección a las personas que accedían a los mismos. Los historiadores coinciden en citar la revocación del Edicto de Nantes por Luis XIV en 1685, como el hito que marca el comienzo de la tradición europea moderna en materia de asilo¹. Sin embargo, no sería hasta la Revolución francesa cuando

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén (vl Guti@ujaen.es). Estudio realizado en el marco del Grupo de investigación consolidado SEJ-399 «Derecho común europeo y estudios internacionales» del SICA. Todas las páginas en línea han sido consultadas el 7 de junio de 2021.

¹ GRAHL-MADSEN, A., «The European tradition of asylum and the development of refugee Law», *Journal of Peace Research*, vol. 3, 1966, núm. 3, pp. 278-289.

esta institución adquiriera un carácter laico. En 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama la resistencia a la opresión como parte de los derechos «naturales e imprescriptibles del hombre». Poco tiempo después, la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 iría más lejos y afirmaríase expresamente que el pueblo francés «otorga asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad», convirtiéndolo así en una prerrogativa del Estado².

Aunque con el movimiento liberal del siglo XIX surge la idea de que el derecho de asilo no está fundado en la soberanía territorial sino en los derechos fundamentales de los individuos, es el siglo XX el que supone un hito en la evolución de esta materia, siendo el Derecho internacional el que, con cada vez mayor frecuencia, proclama al individuo destinatario directo de sus normas. De hecho, el derecho a buscar asilo se reconoce expresamente en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especificándose más tarde en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como en otros textos internacionales de carácter regional. Piénsese, por ejemplo, en el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el art. 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul) o el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), textos todos ellos en los que se reconoce expresamente este derecho.

La definición de refugiado se concibió en sus orígenes con una dimensión política y con carácter neutro, no reconociéndose su protección en función del género, orientación sexual o identidad de género de las personas. Es por ello que, tradicionalmente se ha excluido de los beneficios del estatuto de refugiado al colectivo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI). Sin embargo, a partir de la década de los noventa, el constante éxodo de homosexuales cuyos derechos y libertades eran violados en sus respectivos países de origen motivó un cambio de actitud en instancias nacionales e internacionales. Esto explica que la Organización de Naciones Unidas (ONU) comenzara a integrar en su agenda la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género, como ha quedado reflejado en las iniciativas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)³ o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), organismo este que publicaría una nota en el 2002 por la que consideraba relevante para la solicitud de asilo la persecución motivada por la orientación sexual⁴.

² CHEMIN, A., «L'asile, un naufrage européen», *Europe solidaire sans frontières*, París, 2015, pp. 1-5.

³ ACNUDH, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (A/HRC/19/41), en línea https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_spanish.pdf.

⁴ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional. La persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* (HCR/GIP/02/0), Ginebra, ACNUR, 7 mayo de 2002.

En este sentido, cabe señalar que desde los diferentes mecanismos de protección existentes a nivel internacional y regional se viene instando a los Estados a cumplir con sus compromisos en materia de derechos humanos, apelando a la derogación de leyes que sancionen la orientación sexual y su identidad de género y rechazando los intentos de mantenerlas por razones culturales o de moral pública. Asimismo, se ha emplazado a los gobiernos a la adopción de medidas para prohibir y perseguir los actos de violencia e incitación a la violencia contra este colectivo⁵. Sin embargo, a pesar de estos llamamientos las violaciones de derechos y libertades de este colectivo siguen siendo continuas, como así ha denunciado el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la orientación sexual y la identidad de género⁶. Asimismo, según el informe publicado en el 2020 por *The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA)⁷ son 69 los Estados que criminalizan los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo, castigándose incluso con la pena de muerte en Brunei, Irán, Mauritania, Nigeria, Arabia Saudita y Yemen⁸. Esta situación explica que miles de personas hayan huido de sus países de origen por razón de su orientación sexual hacia el continente europeo, donde, como veremos, la sociedad y las leyes han ido evolucionando hacia la aceptación y protección de este colectivo.

2. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EUROPA: DE LA PENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA SANCIÓN DE LA HOMOFOBIA

El 22 de octubre de 2021 se cumple el cuadragésimo aniversario de la despenalización de la diversidad afectivo-sexual en el continente europeo. En el célebre fallo *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* pronunciado en 1981⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) abrió la puerta

⁵ Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el segundo informe periódico de Kirguistán, en las que manifiesta su preocupación por las denuncias de violencia contra las personas LGTBI por parte de actores tanto estatales como no estatales y por la inoperancia del Estado frente a esta violencia (CCPR/C/KGZ/CO/2, párr. 9); las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre el informe inicial de Malawi, en las que expresa su preocupación por la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, por las denuncias de casos de violencia contra personas LGTBI, así como por el hecho de que estas no tengan acceso a los servicios de salud (CCPR/C/MWI/CO/1/Add.1, párr. 10); o el informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, en relación con las recomendaciones formuladas por el anterior Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales tras su visita a Colombia (A/HRC/20/22/Add.2, párrs. 5, 55 y 76).

⁶ Pueden consultarse los informes de Víctor Madrigal-Borloz, experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de Naciones Unidas en la página del Alto Comisionado para las Naciones Unidas <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx>.

⁷ ILGA World es una organización con estatus consultivo acreditado por el ECOSOC de la ONU.

⁸ VVAA, *Homofobia de Estado 2020: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, Ginebra, ILGA, diciembre de 2020, en <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado-2020-panorama-global-legislacion>.

⁹ Asunto *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* (GS) núm. 7525/76, TEDH 1981.

a la despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Dicho fallo fue el resultado de más de veinticinco años de lucha ante los tribunales por individuos que reivindicaban la protección de sus derechos contra disposiciones discriminatorias de las que eran, habían sido o podrían ser víctimas¹⁰. Desde entonces el TEDH ha desarrollado una importante labor en materia de protección del colectivo LGTBI, declarando contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante Convenio europeo) la prohibición de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, así como las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por las autoridades nacionales en el disfrute de derechos y libertades fundamentales de este colectivo.

En este sentido, cabe señalar que el Consejo de Europa ha jugado un papel destacable en el paulatino proceso de protección y promoción de la orientación sexual en los países signatarios del Convenio europeo, principalmente a instancias del TEDH. Y es que, a pesar de que el CEDH no contiene disposiciones relativas a la autodeterminación sexual del individuo, los jueces de Estrasburgo han ido realizando una interpretación evolutiva de aquel, adaptándolo a la evolución de la sociedad a lo largo del tiempo. En este sentido, como señala el Profesor Daniel Borrillo, cabe distinguir varias etapas en la evolución protección de derechos y libertades de la comunidad LGTBI en Europa¹¹. En una primera etapa, entre los años cincuenta y ochenta, las jurisdicciones nacionales, avaladas por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH, reprimieron las relaciones homosexuales bajo el argumento de la protección del orden público y la salud pública¹². En una segunda etapa, hasta finales de los noventa, se comenzaría a proteger al individuo frente a las sanciones legales y la injerencia del Estado en su vida privada, iniciándose así un proceso de despenalización parcial de la homosexualidad¹³. En una tercera etapa, entre finales de los años noventa y primera década del siglo XXI, se avanzaría en la igualdad real del individuo a través del reconocimiento de sus derechos en el espacio público y familiar¹⁴. Finalmente, en una etapa más

¹⁰ Para más información véase MANZANO BARRAGÁN, I., «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», *RDCE*, año 13, 2009, núm. 32, pp. 155 y ss., e *id.*, «La jurisprudencia del tribunal europeo de los derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *REDI*, vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 49-78.

¹¹ BORRILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», *Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 2012, núm. 11, pp. 1-19. Véase también el trabajo de MANZANO BARRAGÁN, I., *op. cit.*, 2012.

¹² Sirvan como ejemplo, entre otras, la Resolución 756 del Consejo de Europa (1981) «relativa a la discriminación de las personas homosexuales» y la Recomendación 934 del Consejo de Europa (1981) «relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales». Para más información véase BORRILLO, D., *Droit d'asile et homosexualité*, París, L'Harmattan, 2021, pp. 41-45.

¹³ Sirvan como ejemplo los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* (GS) núm. 7525/76, TEDH 1981; *Norris c. Irlanda* (GS) núm. 10581/83, TEDH 1988; *Modinos c. Chipre* (GS) núm. 15070/89, TEDH 1993.

¹⁴ Sirvan como ejemplo los casos *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (GS) núm. 33290/96, TEDH 2000; *Karner c. Austria*, (GS) núm. 45330/99, TEDH 2003; *J. M. c. Reino Unido* (GS) núm. 37060/60, TEDH 2010; *Schalk y Kopf c. Austria* (GS) núm. 30141/04, TEDH 2010. Para un estudio de estos casos véase CRUZ ÁNGELES, J., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Madrid, Aranzadi, 2018.

reciente, el TEDH ha perseguido la LGTBIfobia institucional, considerando que la prohibición de las manifestaciones por el día del orgullo gay constituye una barrera a la libertad de expresión inaceptable en una sociedad democrática¹⁵.

Esta evolución en la tutela de la orientación sexual también ha sido observada en el marco de la Unión Europea, en cuya CDFUE se reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20), prohibiendo en su art. 21 «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo [...] u orientación sexual». A partir de ahí se han sucedido numerosas disposiciones e iniciativas que han contribuido al reconocimiento de derechos laborales, económicos y patrimoniales del individuo homosexual y en los que ha jugado un papel muy importante la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sirvan como ejemplo, entre otros, sus fallos en los asuntos *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*¹⁶ o *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*¹⁷ en los que el tribunal consideró que las parejas gays en uniones civiles debían gozar de los mismos derechos de pensión que las parejas heterosexuales casadas. O, incluso, el caso *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*¹⁸, en el que los jueces interpretarían de forma neutra el concepto «cónyuge» de la Directiva 2004/38¹⁹, permitiendo así la libertad de circulación y residencia del cónyuge del ciudadano/a europeo con independencia de su sexo, orientación sexual o procedencia. Asimismo, el TJUE, como ya hiciera el TEDH, también ha contribuido a la protección del colectivo LGTBI ante la homofobia. Sirva como ejemplo su pronunciamiento en el asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*²⁰, en la que calificó las declaraciones realizadas por un empresario durante una emisión audiovisual y por las que afirmaba que nunca contrataría a individuos homosexuales, como homofóbicas y lesivas del principio de no discriminación en materia de empleo²¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que los tribunales europeos han contribuido durante las últimas décadas a la formación de un consenso paneuropeo en materia de protección de la diversidad afectivo-sexual y la identidad género, rechazando las prácticas discriminatorias de algunos Estados. Consenso gracias al cual, sin duda, se ha ido construyendo en Europa un contexto social y legal favorable a la aceptación y protección de la diversidad sexual e identidad de género en todas sus formas.

¹⁵ Casos *Baczkowski y otros c. Polonia* (GS) núm. 1543/06, TEDH 2007; *Alekseyev c. Rusia* (GS) núms. 4916/07 y 14599/09, TEDH 2010.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

¹⁹ Directiva 2004/38, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, *DOUE* de 30 de abril de 2004, p. 77.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289.

²¹ Para un estudio más detallado de este caso véase HAMILTON, F., «*H. v. Lenford: One Further Step in the Continuing Evolution of Sexual Orientation Non-Discrimination Rights Before the European Union*», *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, pp. 1-15.

3. LA PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE ASILO

Por lo que respecta al continente europeo cabe señalar que, aunque el CEDH no hace referencia expresa al asilo, permite de alguna manera hacerlo efectivo a partir de una interpretación amplia de su art. 3, en el que se establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes». Y es que, según los jueces del TEDH, constituye una violación a dicho artículo la expulsión a un país donde la persona corre el riesgo de padecer tales tratos. Este derecho sí queda reconocido de forma expresa, sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, en concreto en el art. 18 CDFUE, en virtud del cual «el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Asimismo, el art. 19 completa este dispositivo de protección al disponer que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes». Situación esta que se ve reforzada con la puesta en marcha de un sistema europeo común de asilo (SECA), en el que se determinan los estándares mínimos a los que deben ajustarse los países miembros de la Unión²².

En Europa, la categoría «orientación sexual» interpretada como pertenencia a un determinado grupo social de la Convención de Ginebra de 1951, aparece por primera vez a nivel nacional en una decisión de 13 de agosto de 1981 del Consejo de Estado holandés. Reconocimiento este que también sería seguido por las autoridades administrativas y judiciales de otros países, como en Francia, cuyos tribunales ya calificaron en 1998 la situación de las personas transexuales en Argelia como «grupo cuyos miembros están expuestos a persecución por las autoridades y la sociedad argelina por razón de sus características comunes»²³. Con el tiempo los tribunales españoles también se

²² No fue hasta el Tratado de Ámsterdam de 1999, cuando se estableció como objetivo crear un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), tratando la materia de inmigración y asilo como una competencia compartida. En octubre de 1999, el Consejo Europeo celebró una sesión especial para la creación de un ELSJ en la Unión Europea, concluyendo con la necesidad de crear un sistema europeo común en materia de asilo. Finalmente, estas políticas en materia de asilo se convierten en materia común con el Tratado de Lisboa y su desarrollo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyos arts. 67 y ss. establece que la Unión constituye un ELSJ dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

²³ Original en francés, la traducción es nuestra. CRR (*Commission des recours des réfugiés*) decisión *Ourbih* de 15 de mayo de 1998. Para profundizar sobre este tema véase ROMBOLI, R., «La homosexualidad como elemento de discriminación: principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas», en CUESTA LÓPEZ, V. M. et al. (coords.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Madrid, Aranzadi/ULPGC, 2014, p. 298; CRÉAC'H, X., «Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié», *Revue Hommes et Migrations*, 2002, núm. 1.238, pp. 65-74.

sumarían a esta corriente interpretativa, adelantándose incluso a la reforma legal que en materia de asilo se llevaría a cabo años después, como prueban las SSTs de 16 de septiembre de 2006 y de 28 de noviembre de 2008, en las que se afirmó que la persecución por parte de las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su orientación sexual podía encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la, entonces vigente, Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre²⁴. Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida (y reforzada) tras la publicación de la Ley 12/2009²⁵, dando lugar a sentencias que han constituido un hito en la protección de la comunidad LGTBI en materia de asilo, como la dictada por el Tribunal Supremo en 2015, en la que se reconoció el derecho de una etíope a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual²⁶.

Como es sabido, las diversas formas de persecución por los que puede sustanciarse la solicitud de asilo pueden atribuirse a una de las cinco categorías derivadas de la Convención de Ginebra de 1951, a saber: raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opinión política. Categorías todas ellas que se reconocen expresamente en la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre²⁷, en cuyo art. 10.1.d) se afirma en conexión con la interpretación jurisprudencial ya iniciada en algunos países europeos y las directrices de ACNUR, que: «(E)n 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». Especificando, además, que «(l)os 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». De esta forma, la norma comunitaria da un paso más en el progresivo desarrollo de la protección de la comunidad LGTBI, protegiendo la identidad de género. Preceptos todos ellos que se completan con el art. 10, inciso 3.b) de la Directiva 2013/32/UE²⁸ sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, por el que se exige que los Estados miembros garanticen que las

²⁴ DÍAZ LAFUENTE, J., «El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril de 2014, pp. 364-365. Para más información véase SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. A., *El derecho de asilo en la jurisprudencia*, Anuario CIDOB de la Inmigración, 2006, pp. 194-09, en línea <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/355910>.

²⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

²⁶ Tribunal Supremo: STS/ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3.ª), de 25 de enero de 2015, en la que se reconoció el derecho de una etíope a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual.

²⁷ Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, DOUE de 2011, de diciembre de 2011, p. 16. Esta disposición ya se recogía en la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, DOUE de 30 de septiembre de 2004, p. 17.

²⁸ Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, DOUE de 29 de junio de 2013, pp. 60-95.

resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional se dicten tras un examen adecuado.

Atendiendo a lo expuesto, puede concluirse que la única posibilidad por la que el solicitante podría obtener la condición de refugiado por razón de orientación sexual o identidad de género en el marco común europeo de asilo, sería mediante su inclusión en la categoría de «pertenencia a un determinado grupo social» en el sentido de la Directiva 2011/95/UE. Las autoridades administrativas y judiciales deben valorar para ello las pruebas presentadas, contrastando la información aportada sobre los países de origen con la obtenida a partir de diferentes fuentes, como la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (en sus siglas inglesas EASO)²⁹ o del ACNUR. Debiendo imperar en todo momento la protección de derechos fundamentales de la persona y la cooperación entre esta y las autoridades competentes. Circunstancia esta que ha sido recordada por el TJUE en el asunto *F. c. Bevándorlási es Allampolgarsagi Hivatal*³⁰, tras una cuestión prejudicial planteada por las autoridades judiciales húngaras en 2016³¹.

Con motivo de las preguntas formuladas, el TJUE aprovechó para avanzar en la definición de los límites que deben ser observados por los organismos estatales en los procesos de evaluación. A juicio del tribunal, aunque es determinante el hecho de que en el país de origen exista una legislación represiva de comportamientos sexuales, esto no es suficiente para el reconocimiento del estatuto de refugiado. La mera penalización de una conducta sexual no constituye una persecución susceptible de ser protegida en el marco del Convenio de Ginebra. Aquella debe tener un cierto nivel de gravedad y ha de ser aplicada en la práctica³². El TJUE invita de este modo a las autoridades nacionales a analizar las informaciones respecto del país de origen; es decir, no solo lo que dicen las leyes represivas, sino también su grado de aplicación. Asimismo, a juicio de los jueces de Luxemburgo, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar a la hora de valorar la solicitud de un solicitante, que este oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción para evitar el riesgo de persecución³³. De hecho, exigir a los miembros de un determinado grupo social que compartan la misma orienta-

²⁹ La Oficina Europea de Apoyo al Asilo es una agencia creada por el Reglamento 439/2010 de la Unión Europea para aumentar la cooperación de los Estados miembros en materia de asilo, mejorar la implementación del Sistema Europeo Común de Asilo y apoyar a los Estados miembros bajo presión, *DOUE* de 29 de mayo de 2010, pp. 11-28.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, asunto C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36.

³¹ El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged en Hungría (*Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*), interpuso por Resolución de 8 de agosto de 2016 una cuestión prejudicial al TJUE, planteando dos cuestiones: por una parte, si la aplicación del art. 4 de la Directiva 2004/83/EC permite, a la luz de la CDFUE, el uso de dictámenes de expertos basados en test de personalidad para la concesión de asilo a solicitudes planteadas por personas LGBTI y, por otra, si debería ser impedido su uso a las autoridades húngaras para la determinación de la veracidad de los relatos de dichos solicitantes.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (SC) de 7 de noviembre de 2013 (*X. Y. y Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*, de 7 de noviembre 2013), asuntos acumulados C-199/12, párr. 79. ECLI:EU:C:2013:720.

³³ *Id.*

ción sexual que la disimulen, sería contrario al reconocimiento mismo de tal grupo social.

4. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE EN LOS PROCESOS PROBATORIOS PARA LA OBTENCIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

4.1. Algunas reflexiones sobre la dificultad de la prueba

En los procedimientos en materia de asilo por orientación sexual o identidad de género es difícil la obtención de pruebas materiales susceptibles de fundar la pretensión del solicitante. Dicha situación hace muy complicada la instrucción y somete a las autoridades en una incertidumbre generalizada. A ello se suma el hecho de que las declaraciones de los solicitantes se refieren a menudo a contextos culturales y geopolíticos lejanos a los que la instrucción tiene acceso únicamente a través de la documentación de organismos de derechos humanos u organizaciones no gubernamentales (ONG). La instrucción y la evaluación tanto de los hechos como de las declaraciones del solicitante se realiza a partir de hipótesis de una probabilidad aproximativa. Teniendo en cuenta esto se plantean los interrogantes de qué debe probar el solicitante para obtener el estatuto de refugiado por orientación sexual y cómo debe hacerlo.

El sociólogo francés Lévy-Bruhl afirmaba que «en materia judicial, la prueba tiene esencialmente como finalidad persuadir al juez. No es tanto la búsqueda de la verdad para lo que sirve la prueba sino el medio de crear una convicción en la mente del juez»³⁴. Podemos coincidir, entonces, con este autor cuando define la prueba como «un mecanismo destinado a establecer una convicción respecto de un hecho incierto». Según el adagio latino, *idem est non esse et non probari*, lo que no se puede probar no es jurídicamente relevante. Contrariamente al Derecho civil o penal, no existe en el Derecho administrativo continental una teoría de la prueba. Es la jurisprudencia la que ha creado algunas reglas que permiten organizar el principio general de la libertad de la prueba propio al Derecho administrativo. Las autoridades competentes en materia de asilo se encuentran así con la responsabilidad de conducir el proceso y utilizar dentro del procedimiento inquisitorio los poderes generales de instrucción e investigación. Para ello estas cuentan con manuales, notas de orientación³⁵ y directrices emitidas por organismos internacionales como, por

³⁴ LÉVY-BRUHL, H., «Réflexions sur la preuve judiciaire», *Journal de psychologie normale et pathologique*, vol. XLV, 1951, p. 82.

³⁵ ACNUR emite «notas de orientación» sobre asuntos legales de conformidad con su mandato, tal como figura en el Estatuto de 1950 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en relación con el art. 35 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el

ejemplo, el *Manual sobre procedimientos y criterios para la determinación del estatus de refugiado* de ACNUR³⁶, o su *Nota sobre las solicitudes para obtener el estatus de refugiado relativas a orientación sexual y la identidad de género* publicada en 2008³⁷. Las directrices incluidas en estas guías o manuales, aun no siendo vinculantes (*soft law*), constituyen un indudable punto de referencia para los Estados, ya que en ellas se afirma que la orientación sexual es un componente fundamental de la identidad humana a la par de las otras cinco características que constituyen la base de la definición de refugiado. En este orden de ideas, en el ámbito de la Unión Europea destaca el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* de la Agencia de Derechos Fundamentales, que funciona a modo de guía para las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros³⁸. Su art. 3.1.1 trata de la «naturaleza del riesgo», recordando que el art. 9 de la Directiva 95/2011³⁹ especifica que la persecución puede adoptar diversas formas, como actos de violencia (física o psíquica) o incluso medidas administrativas o jurídicas, entre las que pueden encontrarse leyes que persigan la homosexualidad.

4.2. El principio de libertad de prueba en los procesos probatorios de asilo

El principio de libertad de prueba que rige el proceso en materia de asilo no significa que no existan reglas que determinen la validez de los medios probatorios. De hecho, como reconoce el ACNUR⁴⁰ es importante garantizar que los solicitantes de asilo LGBTI gocen de acceso a una evaluación justa y eficiente de sus solicitudes de la condición de refugiado y que su dignidad se mantenga durante todo el procedimiento. Es por esta razón, entre otras, por la que el TJUE, en tanto que intérprete del Derecho europeo, ha prohibido ciertas pruebas en estos procesos, en particular aquellas que puedan considerarse lesivas de la intimidad y vida privada. Asimismo, el TJUE ha insistido en la importancia de la cooperación que debe mantener el organismo de eva-

art. II de su Protocolo de 1967. Mediante el análisis de los principios jurídicos internacionales, de la jurisprudencia y otros materiales pertinentes, estas Notas de orientación tratan de aclarar la legislación y las normas jurídicas aplicables con el fin de orientar en el área temática en cuestión. El objetivo último es mejorar la prestación de la protección a los refugiados y solicitantes de asilo, mediante la adhesión a las normas internacionales en materia de protección de los refugiados.

³⁶ ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional. En virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reedición, Ginebra, febrero de 2019.

³⁷ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, Ginebra, 21 de noviembre 2018.

³⁸ Cabe matizar que si bien dicho manual *de facto* puede servir de guía a las autoridades, *de iure* es una referencia en las normas del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Puede consultarse el manual en https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_es.pdf.

³⁹ Directiva 95/2011/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, *DOUE* de 20 de diciembre de 2011.

⁴⁰ ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, Ginebra, ACNUR, diciembre de 2015.

luación de la prueba con el solicitante, tal como reconoce expresamente en el art. 4 de la Directiva de 2011/95. Y es que, pudiendo el solicitante de asilo desconocer la obligación de fundamentar sus alegaciones, como afirma el tribunal, es la administración instructora a la que le incumbe la tarea de asistir al solicitante por todos los medios de que disponga⁴¹.

En principio todos los medios de prueba pueden ser admisibles, aunque limitados, como veremos más tarde, por el debido respeto a la vida privada y a la dignidad del solicitante. Las principales pruebas admitidas por las autoridades europeas además de las declaraciones aportadas por el individuo, son aquellas que permitan verificar la existencia de episodios violentos sufridos por el solicitante, como por ejemplo un certificado médico expedido en el país de acogida en el que se confirmen las secuelas de tales episodios. En ocasiones, sin embargo, es difícil aportar estas pruebas documentales, por lo que los testimonios de terceros (como, p. ej., asociaciones LGBTI del país de acogida en el cual los miembros de la ONG certifican que este ha pedido ayuda) deben ser aceptadas. Y es que, como indica el ACNUR el requisito de la prueba de los solicitantes de este colectivo no debería aplicarse estrictamente en vista de las dificultades que existen para la obtención de elementos probatorios⁴². Es por ello, y siguiendo esta línea, por lo que la guía de la EASO, admite un amplio abanico de pruebas para estos casos. Puede afirmarse pues, que, conforme a norma, en los procesos de concesión de asilo por razones de orientación sexual e identidad de género, el razonamiento probatorio del juez le lleva a decidir en función de su íntima convicción sobre la base del análisis de las diferentes informaciones e indicaciones de las que dispone.

4.3. Las pruebas prohibidas a la luz de la jurisprudencia europea

En los últimos años, las autoridades nacionales de algunos Estados europeos han utilizado (o aceptado) en los procesos conducentes al reconocimiento de la condición de refugiado por orientación sexual e identidad de género pruebas que violan los derechos humanos de los solicitantes. Sirva como ejemplo, entre otros, la utilización de los test falométricos, inventados por el sexólogo Freud en 1950 para luchar contra las infracciones sexuales. Concretamente, las autoridades checas sometieron a un solicitante de asilo a este test, mientras le hacían visionar un film pornográfico heterosexual al objeto de verificar su orientación sexual. Estas prácticas han sido calificadas por el ACNUR intrusivas y desproporcionadas⁴³, como también ha hecho de

⁴¹ Sentencia del TJUE (GS), de 2 de diciembre de 2014 (*A, B et c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*), asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

⁴² ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, reedición de diciembre de 2011, p. 38.

⁴³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR's Comments on the Practice of Phalloscopy in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, Nueva York, UNHCR, abril de 2011, en <https://www.refworld.org/docid/4daeb07b2.html>.

forma expresa el TJUE a tenor de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado holandés en 2014⁴⁴.

En este caso, el problema surgió cuando las autoridades holandesas se encontraron con solicitantes de asilo que voluntariamente deseaban someterse a un test falométrico o, en su defecto, proponían filmarse en una relación homosexual para probar su orientación⁴⁵. La cuestión prejudicial planteada dio la oportunidad al TJUE de recordar los principios que deben guiar el derecho de la prueba en materia de asilo, indicando que las modalidades de apreciación de esta deben ser conforme al Derecho de la Unión Europea⁴⁶. El TJUE afirmó, asimismo, que no se debe valorar este tipo de solicitudes sobre la base de nociones estereotipadas asociadas a la homosexualidad. De esta forma, los jueces recordaron que, si las autoridades nacionales están legitimadas a proceder a interrogatorios destinados a evaluar los hechos relevantes relativos a la orientación sexual del solicitante, las preguntas relativas a detalles íntimos acerca de su vida sexual son contrarias a su dignidad e intimidad, derechos ambos protegidos la CDFUE. Es por ello que fotos íntimas, videos o test tendentes a probar la orientación sexual constituyen pruebas prohibidas que deben ser desestimadas *in limine* incluso si son propuestas o requeridas por el interesado.

En este orden de ideas, a colación de las decisiones adoptadas por las autoridades húngaras durante el proceso probatorio de un solicitante de asilo por razón de orientación sexual, el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la oportunidad y legalidad de los test psicológicos como pruebas admisibles. En 2015 la Oficina Húngara de Inmigración y Asilo (la *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) decidió denegar el estatuto de refugiado a un solicitante sobre la base de un informe pericial psicológico. Los test utilizados en este caso fueron el de Rorschach (evaluación psicológica de tipo proyectiva consistente en presentar unas láminas con manchas que deben ser interpretadas por el paciente) y el test de Szondi que consiste en analizar una serie de fotos y organizarlas en función de las más agradables a las más desagradables⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia del TJUE (GS), *A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

⁴⁵ Tres ciudadanos de países no comunitarios habían pedido asilo por temor a ser perseguidos por su homosexualidad. En los tres casos, las autoridades holandesas denegaron las peticiones porque consideraron que la orientación no había quedado «demostrada». Uno de ellos —en una segunda petición— aseguró estar «dispuesto a practicar un acto homosexual» o a someterse a «exámenes». El segundo ciudadano llegó a presentar una grabación en vídeo de actos íntimos con otra persona de su mismo sexo. El tercero no aportó «más detalles sobre sus sentimientos y el proceso interior relativo a su orientación», según el criterio de las autoridades holandesas.

⁴⁶ En esta sentencia, el TJCE considera que la protección subsidiaria prevista en el art. 15.c) de la Directiva 2004/83/CE representa una medida protectora más allá de la recogida en el art. 3 CEDH, por lo que su interpretación debe realizarse de forma autónoma desde el Derecho comunitario. Para más información DUNNE, P., «A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: fairer assessment procedures for gay and lesbian asylum applicants in the EU», *European Law Review*, vol. 21, 2015, núm. 3, pp. 411-423.

⁴⁷ FERNÁNDEZ DÁVILA, P. y ÁVILA, D., «Indicadores de homosexualidad en el dibujo de la figura humana: comparación entre homosexuales y heterosexuales», *Revista de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 21, 2003, núm. 2, pp. 333-361.

A pesar de que estas evaluaciones psicológicas fueron abandonadas hace años por la comunidad científica, las autoridades húngaras seguían utilizándolas en estos procesos.

En este caso, tras la apelación del solicitante de asilo, las autoridades judiciales de Hungría decidieron interponer una cuestión prejudicial para saber si era posible evaluar las declaraciones del individuo sobre la base de test psicológicos de personalidad. El TJUE en la decisión *F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* (2018) reconoció que algunos métodos periciales pueden ser útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud, pudiéndose aplicar estos sin que ello suponga *a priori* una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, el tribunal concluyó que en la medida en que la realización de estos test psicológicos está subordinada a la expresión del consentimiento del solicitante, cabe considerar que este no se presta con total libertad en estos casos, dado que, *de facto*, viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes⁴⁸. Por tanto, también en este asunto, el TJUE consideró que el sometimiento al solicitante a este tipo de pruebas constituye una injerencia en la vida privada⁴⁹ no ajustándose a la norma comunitaria a la luz de la CDFUE⁵⁰.

5. CONCLUSIONES

La orientación sexual y la identidad de género se reconoce en el Derecho europeo como una circunstancia comprendida dentro de una de las categorías de protección del solicitante de asilo, en concreto la relativa a «pertenencia a un determinado grupo social». Europa es uno de los principales destinos de aquellos que huyen por riesgo de persecución sobre la base de su orientación sexual o identidad de género, buscando sociedades donde exista un mayor grado de aceptación y protección de derechos. Se da la paradoja, sin embargo, de que los solicitantes de asilo por estas causas se enfrentan a distintas vulnerabilidades. Además de la violencia y el riesgo de persecución que estas personas sufren en sus países de origen, son objeto de discriminación y violación de sus derechos durante los procesos legales y administrativos en los que se ven sometidos por las autoridades de los Estados de acogida. Estas fundamentan sus decisiones sobre la íntima convicción de la concurrencia en el solicitante de los requisitos exigidos por la norma para la requerida protección, disponiendo para ello de un amplio margen de apreciación durante todo el proceso.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdo. 53, ECLI:EU:C:2018:36. Planteamiento este que también mantuvo en su Sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, apdo. 66.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdos. 54, 56 y 57, ECLI:EU:C:2018:36.

⁵⁰ TJUE, comunicado de prensa núm. 8/18, de 25 de enero de 2018, relativo a la sentencia en el asunto C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

El que la valoración y evaluación de las pruebas estén sujetas al principio de la libre apreciación no significa, sin embargo, que no existan límites. A partir del marco normativo supranacional existente en Europa (Consejo de Europa y Unión Europea), completado y ampliado por la intensa labor jurisprudencial de sus respectivos tribunales, es posible identificar elementos que permiten dotar de una cierta objetividad a los procesos probatorios ante las solicitudes presentadas por orientación sexual, garantizando así un estándar mínimo de protección de derechos y dignidad de los solicitantes. En este sentido, el TEDH empezó a constituirse a partir de los años ochenta en una fuente de protección de los derechos de las personas que componen el colectivo LGTBI gracias a su jurisprudencia. Esta fue seguida con el tiempo por el TJUE, el cual en tanto que intérprete del Derecho de la Unión Europea ha establecido una serie de principios-guía para las autoridades competentes, basados sobre todo en el respeto a los derechos reconocidos en la CDFUE, en particular el respeto a la intimidad del individuo. Circunstancia esta que se ha traducido en la expresa prohibición de algunas pruebas que se estaban aplicando en la práctica, como las investigaciones corporales o los tests psicológicos de personalidad, que en palabras del tribunal constituyen una lesión a la dignidad del individuo.

RESUMEN

LOS PROCESOS PROBATORIOS DE SOLICITUDES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EUROPA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este trabajo presenta un análisis crítico de los diferentes aspectos legales de la valoración de la prueba en las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa. Las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la aceptación y valoración de las pruebas. Sin embargo, esta tiene como límite la protección de la dignidad de la persona, determinada por normas internacionales y regionales. El estudio se centrará, principalmente, en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Palabras clave: derecho de asilo, protección subsidiaria, orientación sexual, identidad de género, garantías procesales, estatuto de refugiado, derechos humanos, Unión Europea, Consejo de Europa.

ABSTRACT

THE EVIDENTIARY PROCESSES OF ASYLUM APPLICATIONS BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN EUROPE: ANALYSIS FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

This essay introduces a critical analysis the different legal aspects of the assessment of evidence in asylum applications on the basis of sexual orientation and gender identity in Europe. National authorities enjoy a wide margin of discretion in the acceptance and assessment of the evidence. However, this freedom is limited by respect for the protec-

tion of the dignity of the person enforceable by international and regional standards. This research is focused mainly on the European Union law and the case-law of the Court of Justice of the European Union on this matter.

Keywords: right to asylum, subsidiary protection, sexual orientation, gender identity, procedural guarantees, refugee status, human rights, jurisprudence, European Union, European Council.