

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**QUEERIZAR LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE ADOPTAR
MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA PREVENIR VIOLACIONES DE DERECHOS CONTRA PERSONAS
LGBTQIA+ EN EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADE**

Tesis para optar el Título de Abogada, que presenta la Bachillera:

KERLI RAQUEL SOLARI DIAZ

ASESORA:

CÉCILE ALICE JACQUELINE BLOUIN

Lima, 2022



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **CÉCILE ALICE JACQUELINE BLOUIN**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Queerizar la protección internacional: La obligación estatal de adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos contra personas LGBTQIA+ en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

KERLI RAQUEL SOLARI DIAZ,

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 3 de noviembre de 2022
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 13 de abril de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: BLOUIN, CÉCILE ALICE JACQUELINE	
DNI: 49050943	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4499-1737	

RESUMEN

Esta tesis busca dar respuesta a la pregunta sobre cómo el Estado peruano debe articular el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el ámbito interno para prevenir violaciones de los derechos humanos de los solicitantes LGBTQIA+ en el transcurso del procedimiento de refugio. Nuestra hipótesis partió reconociendo que el DIDH exige al Estado regular y conducir el procedimiento de manera tal que el mismo constituya una vía efectiva para otorgar protección internacional frente a severas violaciones de derechos sobre la base de OSIG; así como garantizar que el mismo no se convierta en un nuevo escenario de vulneración de derechos en razón de esas categorías. No obstante, durante el desarrollo de la investigación, descubrimos que una mirada exclusivamente jurídica no era suficiente para abordar este tema, sino que es necesario complementarla críticamente a través de perspectivas queer. A partir de ello, nos trazamos como objetivo explicar cómo el Estado debe aterrizar esa complementariedad crítica entre el DIDH, el DIR y las teorías queer en el procedimiento de refugio. Para alcanzar ese fin general, nos planteamos los siguientes objetivos específicos, abordados cada uno en un capítulo: (i) explicar de qué maneras el DIR y el DIDH se complementan entre sí; (ii), analizar críticamente las principales vulneraciones de derechos humanos que las personas LGBTQIA+ enfrentan en el procedimiento; (iii) argumentar sobre las medidas específicas que debe adoptar el Estado para prevenir estas violaciones. La metodología seguida es de tipo documental y explicativa, complementada con una solicitud de acceso a la información pública sobre el estándar de calificación y tratamiento dado a los refugiados LGBTQIA+ en el sistema de refugio peruano. Concluimos que, *queerizar* la protección internacional requiere la adopción de tres enfoques –de derechos humanos, de diversidad sexual y de género, y de interseccionalidad– transversalizados en tres medidas específicas: (i) aprobar un protocolo específico; (ii) implementar capacitaciones especializadas; (iii) y establecer un sistema de revisión periódica de prácticas institucionales.

A las personas LGBTQIA+ que huyeron de casa para salvarse de la persecución, la miseria y la muerte; por sus vidas, sus historias y sus luchas



AGRADECIMIENTOS

A Cécile Blouin, por mostrarme que es posible alcanzar excelencia académica con compasión y cuidado. A María Díaz, mi lugar seguro y mi persona favorita. A José Solari, que sacrificó tanto para que yo pueda llegar hasta aquí. A Teresa Arce y Paola Palma, mis más grandes compañeras y aliadas. Y a Teodosia Rojas, la heroína de mi historia –ojalá estuvieras aquí ver hasta dónde me trajo el camino que abriste para mí.



NOTA SOBRE LENGUAJE QUEER

En este trabajo, cuestionamos formas en que disciplinas como el Derecho, la Medicina y la Psicología han sido históricamente utilizadas para excluir a quienes no se ajustan a los patrones de la cisheteronormatividad. La Lingüística, desde sus sectores más conservadores, también ha desarrollado un papel central en el mantenimiento de esas estructuras de opresión. Como explican Livia y Hall (1997), y Motschenbacher y Stegu (2013), las normas que regulan el lenguaje privilegian las aproximaciones y representaciones hegemónicas de la realidad, mientras deslegitiman y silencian otras.

Reemplazamos las “o”s por las “e”s para romper con la neutralidad ilusoria del recurso al género lingüístico masculino, que es usualmente empleado por defecto para referirse a personas o grupos indeterminados (Gasparri, 2019; Moreno Sánchez, 2018). En algunos casos, mantenemos las “o”s de manera intencional: al hacer referencia al contenido de algún documento jurídico y cuando determinado término haya sido conceptualizado en un sentido masculinizado.

Aunque este esfuerzo simbólico difícilmente tendrá por efecto inmediato la transformación radical de las estructuras de injusticia, creemos que constituye un paso importante en el camino del reconocimiento de la diversidad que es consustancial a nuestra realidad social. A quienes el lenguaje que aquí empleamos les resulte ajeno, les invitamos a acercarse a él desde la apertura. Se trata de apenas una pequeña disrupción reivindicativa que no le va a impedir entender lo que queremos decir.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: LA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DIR Y EL DIDH	13
1. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo (1967)	13
1.1. Antecedentes	13
1.1.1. <i>Enfoque jurídico</i>	14
1.1.2. <i>Enfoque social</i>	15
1.1.3. <i>Enfoque individualista</i>	15
1.2. El estándar de calificación: elementos que definen al refugiado arquetípico	17
1.2.1. <i>Fundados temores</i>	18
1.2.2. <i>De ser perseguido (...) y que, a consecuencia de dichos temores, no quiera o no pueda acogerse a la protección de dicho país</i>	20
1.2.3. <i>Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas</i>	25
1.2.4. <i>Se encuentre fuera del país del que es nacional</i>	26
1.3. El estatuto de protección: derechos reconocidos a les refugiades en virtud de la Convención de 1951	26
2. La vinculación entre el DIR y el DIDH	29
2.1. Entendiendo el contexto: de la supremacía a la instrumentalidad del principio de soberanía	29
2.2. Formas de vinculación entre el DIDH y el DIR	31
2.2.1. <i>El reconocimiento del asilo como derecho humano</i>	31
2.2.2. <i>La ampliación de la definición clásica mediante instrumentos regionales</i>	35
2.2.3. <i>Interpretación evolutiva de la definición clásica</i>	37
2.2.4. <i>La ampliación de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección internacional</i>	38
2.2.5. <i>El principio de no devolución como bisagra: otras formas de protección internacional</i>	40

a.	Protección complementaria	41
b.	Protección temporal	44
2.3.	Teorías sobre el nivel de vinculación entre el DIR y el DIDH: complementariedad vs. absorción	47
CAPÍTULO II: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS LGBTQIA+ EN EL PROCEDIMIENTO DE REFUGIO		52
1.	La orientación sexual y la identidad de género en el DIDH	53
1.1.	Cuestiones previas	53
1.1.1.	<i>Derecho, poder y cisheteronormatividad</i>	53
1.1.2.	<i>De la patologización al reconocimiento</i>	54
1.1.3.	<i>Construir definiciones: diálogos en el DIDH y las teorías queer</i>	55
1.2.	Los principios de universalidad y no discriminación como punto de partida	59
1.3.	El reconocimiento de la orientación y la identidad de género como categorías protegidas en la jurisprudencia internacional	61
1.3.1.	Sistema universal	62
1.3.2.	Sistema europeo	63
1.3.3.	Sistema interamericano	64
a.	<i>Dos enfoques clave: discriminación estructural e interseccionalidad</i>	64
b.	<i>Desarrollo jurisprudencial sobre OSIG</i>	67
2.	Las vulneraciones de derechos humanos enfrentadas por las personas LBGTQIA+ en los procedimientos de refugio: miradas críticas desde el DIDH y las teorías queer	72
2.1.	Una introducción al abordaje de los derechos humanos de les solicitantes de refugio LGBTQIA+ desde la doctrina y la jurisprudencia internacional	72
2.2.	Solicitantes de refugio LGBTQIA+: dos aspectos clave sobre la complementariedad entre el DIDH y el DIR	77
2.2.1.	<i>Estándar de calificación</i>	77
a.	Riesgo de persecución	78

b.	Pertenencia a un determinado grupo social o a alguna otra de las categorías protegidas por la Convención	83
2.2.2.	<i>Estándar de tratamiento durante el procedimiento</i>	84
a.	Conducción de las entrevistas y valoración de la declaración de le solicitante: la centralidad del testimonio vs. la “cultura de la incredulidad”	85
a.	Solicitud de medios probatorios adicionales: el principio de beneficio de la duda vs. incredulidad y patologización	88
c.	Valoración de la información disponible sobre el país de origen: romper la falsa dicotomía entre “zonas de vida” y “zonas de muerte”	92
2.3.	Derribar la “superfrontera” de exclusión: de la humanización a la <i>queerización</i> del DIR	93
CAPÍTULO III: LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO DE ADOPTAR MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA PREVENIR VULNERACIONES DE DERECHOS CONTRA PERSONAS LGTBQIA+ EN EL SISTEMA DE REFUGIO		95
1.	En la intersección de múltiples formas de exclusión: las situaciones de discriminación estructural enfrentadas por les solicitantes de refugio LGTBQIA+ en el Perú	96
2.	El sistema de refugio peruano frente a las personas LGTBQIA+ que solicitan protección internacional	98
2.1.	El abordaje de solicitudes por OSIG en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado	98
2.2.	El abordaje de solicitudes por OSSIG en el procedimiento de otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria	103
3.	La obligación estatal de adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de derechos humanos contra las personas LGTBQIA+ en los procedimientos de refugio y protección complementaria: estándares interamericanos	107
3.1.	La obligación de adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos humanos hacia grupos que soportan discriminación estructural	107

3.2. La obligación de adaptar las normas y prácticas internas al corpus iuris internacional aplicable a las personas LGBTQIA+ solicitantes de refugio y protección complementaria	109
3.3. Principios interamericanos para la garantía de derechos de las personas LGBTQIA+ con necesidad de protección internacional	112
4. Tres enfoques y tres medidas específicas para prevenir las vulneraciones de derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio peruano	113
4.1. Enfoques	114
4.1.1. <i>Enfoque de derechos humanos: humanizar los procedimientos</i>	114
4.1.2. <i>Enfoque de diversidad sexual y de género: queerizar los procedimientos</i>	114
4.1.3. <i>Enfoque de interseccionalidad: atender a la diversidad dentro de la diversidad</i>	115
4.2. Medidas específicas	116
4.2.1. <i>Aprobar un protocolo sobre el estándar de calificación y tratamiento hacia personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio y de protección complementaria</i>	116
4.2.2. <i>Implementar capacitaciones especializadas</i>	118
4.2.3. <i>Establecer un sistema de revisión periódica de prácticas institucionales</i>	119
CONCLUSIONES	121
REFERENCIAS	127
ANEXOS	150

INTRODUCCIÓN

“There is no such thing as a single-issue struggle because we do not live single-issue lives”

-Audre Lorde.

“If we are not intersectional, some of us, the most vulnerable, are going to fall through the cracks”.

-Kimberlé Crenshaw.

“Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (ONU, 1948) es una frase de la Declaración Universal de Derechos Humanos que se encuentra muy lejos de materializarse para las personas con necesidad de protección internacional y las personas LGBTQIA+, quienes aún hoy son tratadas como seres humanos de segunda categoría. En algunas regiones del mundo, personas que requieren refugio son hechas prisioneras o dejadas morir, mientras que personas LGBTQIA+ son perseguidas y penadas hasta con la muerte. En muchas otras, se les *permite* vivir, pero se las priva de condiciones mínimas para una vida digna.

Cómo responden el Derecho y las instituciones públicas cuando la necesidad de protección internacional y la identidad LGBTQIA+ confluyen en la vida de las personas fue la pregunta inicial que motivó nuestro interés en realizar esta investigación.

En Europa y los países anglosajones, la situación de les solicitantes de refugio LGBTQIA+ ha sido abordada por la academia desde hace más de 20 años (Millbank, 2013). En el caso de Latinoamérica, se trata de un tema que apenas empieza a ser explorado. A pesar de la escasez de información en la región, Perú constituye un punto neurálgico para el análisis, no sólo porque concentra la mayor cantidad de solicitudes de refugio de personas venezolanas en el mundo (R4V, 2021); sino, además, porque los factores estructurales que lo condujeron a esta crisis de refugiades confluyen con una marcada desprotección jurídica e institucional contra las personas LGBTQIA+.

En este trabajo, indagamos sobre la obligación estatal de garantizar los derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio. En específico, buscamos dar respuesta a la pregunta sobre cómo debe el Estado articular el Derecho Internacional de les Refugiades (DIR) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el ámbito interno para prevenir violaciones de los derechos humanos de les solicitantes LGBTQIA+ en el transcurso del procedimiento.

Nuestra hipótesis de trabajo partió de la relación de complementariedad entre el DIR y el DIDH. Al respecto, consideramos que, aun cuando la definición clásica del estatuto de refugiado no reconoce expresamente la orientación sexual e identidad de género (OSIG) como categorías protegidas, el DIDH exige al Estado regular y conducir el procedimiento de manera tal que el mismo constituya una vía efectiva para otorgar protección internacional frente a severas violaciones de derechos sobre la base de OSIG; así como garantizar que el mismo no se convierta en un nuevo escenario de vulneración de derechos en razón de esas categorías. Propusimos que debe adoptar, como mínimo, dos medidas específicas: emitir un protocolo específico sobre solicitantes de refugio LGBTQIA+ y capacitar a les funcionaries del sistema de refugio.

Mientras realizamos la investigación, fuimos descubriendo que una mirada exclusivamente jurídica no era suficiente para abordar este tema, sino que era necesario aproximarnos a él desde perspectivas queer. Los trabajos académicos más recientes sobre la materia (Danisi et al. 2021; Güler et al. 2019, Raj, 2017) hacen énfasis en la necesidad de incorporar estas miradas críticas para lograr que los procedimientos de refugio sean efectivamente garantistas de los derechos les solicitantes de asilo queer. Descubrimos, entonces, que una verdadera humanización del procedimiento de refugio requiere su *queerización*.

A partir de ello, nos trazamos como objetivo explicar cómo el Estado debe aterrizar esa complementariedad crítica entre el DIDH, el DIR y las teorías queer en el procedimiento de refugio. Para alcanzar ese fin general, nos planteamos los siguientes objetivos específicos: (i), explicar de qué maneras el DIR y el DIDH se complementan entre sí; (ii), analizar críticamente las principales vulneraciones de derechos humanos que las personas LGBTQIA+ enfrentan en el procedimiento; (iii) argumentar sobre las medidas específicas que debe adoptar el Estado para prevenir estas violaciones.

Este trabajo sigue un método dogmático, de tipo documental. Revisamos tratados internacionales, jurisprudencia, principios, declaraciones y doctrina a fin de identificar los estándares jurídicos aplicables y las críticas surgidas en torno a ellos. Asimismo, seguimos un método explicativo, a través del cual nos aproximamos a los desafíos de derechos humanos que enfrentan les solicitantes LGBTQIA+ mediante un análisis de los factores que los causan y los impactos que generan en la población afectada. Finalmente, dada la escasez de información disponible sobre el tratamiento jurídico e institucional de les solicitantes de refugio LGBTQIA+ en Perú, complementamos la revisión de documentos con una solicitud de acceso a la información pública.

En el primer capítulo, nos referimos a la relación de complementariedad entre el DIDH y el DIR. Primero, explicamos los antecedentes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Posteriormente, atendiendo al contexto histórico de este tratado, identificamos su estándar de calificación, esto es, los elementos de la definición clásica de refugiado; y su estatuto de protección, es decir, los derechos que son reconocidos a les refugiades en virtud de la Convención. En una segunda sección, identificamos cinco aspectos que constituyen vasos comunicantes entre el DIR y el DIDH: (i) el reconocimiento del asilo como derecho humano, (ii) la ampliación de la definición clásica mediante instrumentos regionales, (iii) la interpretación evolutiva de la definición clásica, (iv), la ampliación de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección internacional, y (v) el principio de no devolución como punto de origen de otras formas de protección internacional. Finalmente, adoptamos postura en el enfrentamiento entre dos teorías sobre el nivel de vinculación entre el DIDH y el DIR: la complementariedad entre ambos versus la absorción del segundo por el primero.

En el segundo capítulo, realizamos un análisis crítico de las vulneraciones de derechos humanos enfrentadas por las personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio. En un primer apartado, nos detenemos en el abordaje de las OSIG por el DIDH. Primero, nos referimos a la teoría queer de Judith Butler, al proceso de despatologización y reconocimiento de estas identidades, y a algunas definiciones centrales. Posteriormente, nos referimos a los principios de universalidad y no discriminación como normas que viabilizan el reconocimiento jurídico de las OSIG; así como a los desarrollos de la jurisprudencia internacional al respecto. Finalmente, nos detenemos en el análisis jurídico-crítico de algunas de las principales violaciones de derechos a las que les solicitantes LGBTQIA+ se encuentran expuestos.

En el tercer capítulo, aterrizamos el análisis en la realidad nacional y argumentamos sobre la obligación del Estado de adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de derechos contra las personas LGBTQIA+ que requieren protección internacional. Primero, nos referimos a las situaciones generales de discriminación estructural que enfrentan les solicitantes de refugio LGBTQIA+ en el país. En segundo lugar, analizamos la información disponible en torno al tratamiento dado por el sistema de refugio nacional a las personas que solicitan protección internacional por OSIG. En un tercer apartado, nos referimos a los estándares de derechos humanos desde los que se erige la obligación estatal de adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos contra este grupo. Finalmente, partiendo de la noción de complementariedad crítica entre el DIR y el DIDH, proponemos la adopción de tres enfoques y tres medidas para *queerizar* el sistema de asilo nacional.

CAPÍTULO I: LA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DIR Y EL DIDH

1. La Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967

1.1. Antecedentes

Tras la Revolución rusa y la Primera Guerra Mundial, Europa vivió la primera gran crisis de refugiados. Esa situación coincidió con el surgimiento de nacionalismos robustos y la creciente reafirmación del principio de soberanía (Elie, 2014). En consecuencia, los gobiernos de la región privilegiaron las medidas de control migratorio y las distinciones marcadas entre los derechos reconocidos a sus nacionales y a las personas extranjeras (Hathaway, 2005).

A pesar de esas restricciones, permanecieron vigentes los acuerdos bilaterales del Derecho de extranjería. Estos acuerdos otorgaban a los nacionales de uno de los Estados contratantes, mientras se encontraban en el territorio del otro Estado, la mayoría de beneficios que normalmente eran reservados para los ciudadanos de ese Estado. La particularidad de estos era su condición de reciprocidad: un Estado firmante estaba obligado a otorgar beneficios a los nacionales del otro, siempre que este último actuara de manera similar respecto de los nacionales del primero (Hathaway, 2005).

No obstante, ese régimen no brindaba una respuesta adecuada a la situación de las personas que necesitaban refugio: si la relación sinalagmática de los acuerdos bilaterales se quebraba o no existía acuerdo aplicable, difícilmente podían ingresar a terceros Estados; o, cuando lo lograban, permanecían en una situación desprotección jurídica, en tanto no tenían vías disponibles para regularizar su situación migratoria (Hathaway, 2005).

Asimismo, aun cuando existiera un acuerdo que, en principio, resultara aplicable a algunas personas refugiadas; muchas de ellas no contaban con documentos de identidad o de viaje que les permitiera acreditarlo; mientras que otras se encontraban en una situación aún más precaria, en tanto fueron despojadas de su nacionalidad (Islam, 2013).

Dado que las personas refugiadas no tenían la opción de volver a sus Estados de origen, la crisis ejerció presión sobre la capacidad de respuesta de los sistemas migratorios. A su vez, dicha situación generó preocupación en los gobiernos nacionalistas, debido a que su nivel de legitimación descansaba, precisamente, en la restricción del ingreso y el recorte de derechos reconocidos a las personas extranjeras (Hathaway, 2005).

Así, los Estados europeos se vieron enfrentados un dilema: las restricciones migratorias puestas en marcha colisionaron con la necesidad de protección de los refugiados (Larking, 2014). Conscientes de ello, reconocieron que estaba en su mejor interés dar una respuesta coordinada

a la crisis, siempre que se tratase de un régimen restringido por condiciones de excepcionalidad y temporalidad (Hathaway, 2005).

En atención a ello, a partir de la década de 1920, promovieron una serie de acuerdos en el ámbito de la Sociedad de Naciones (SDN) y, posteriormente, en la Organización de Naciones Unidas (ONU). Tres enfoques son distinguibles en cuanto al abordaje de la situación: (i) enfoque jurídico (1920-1935), (ii) enfoque social (1935-1938), y (iii) enfoque individualista (1938-1950) (Hathaway, 1984).

1.1.1. Enfoque jurídico

Los primeros acuerdos fueron pensados para dar respuesta a la precariedad legal generada por la denegación de protección *de jure*, ya fuera por el no otorgamiento de documentos de viaje, o por el despojo de nacionalidad (Hathaway, 1984). La atención se dirigió a facultar a la Sociedad de Naciones a realizar dos actividades: (i) otorgar la documentación necesaria que permitiera la identificación de las personas afectadas frente a terceros Estados; e (ii) implementar un sistema sustitutivo de protección consular (Hathaway, 2005).

Entre 1922 y 1926, fueron aprobados dos acuerdos y un plan sobre la situación de los refugiados rusos y armenios¹. Dichos instrumentos no regulaban un catálogo de derechos, ni establecían ninguna obligación específica para los Estados. Sólo se trataba de compromisos políticos para cooperar en el reconocimiento de la nueva documentación. De hecho, estas personas fueron asimiladas a las leyes nacionales de extranjería, usualmente en la categoría de extranjeros provenientes de los Estados más favorecidos (Hathaway, 2005).

Una dificultad para implementar el acuerdo de 1922 y el plan de 1924 fue la ausencia de una definición que permitiera identificar quiénes debían ser comprendidos en la categoría *refugiado*. En respuesta, el acuerdo de 1926 recogió una primera definición (Hathaway, 1984). Dos eran sus elementos centrales: (i) el origen nacional o étnico de los refugiados; y (ii) la ausencia de protección estatal en virtud del vínculo de nacionalidad (Rubio Correa, 1999).

De manera contraria a las expectativas de los gobiernos, los flujos masivos de refugiados no cesaron con el paso del tiempo. A su vez, los Estados dejaron de asimilar a estas personas al régimen de los extranjeros más favorecidos y continuaron condicionando el reconocimiento de

¹ Nos referimos a (i) el Acuerdo sobre la Expedición de Certificados de Identidad a Refugiados Rusos, del 5 de julio de 1922; (ii) el Plan para la Emisión de Certificados de Identidad a Refugiados Armenios, aprobado por el Consejo de la Sociedad de Naciones el 31 de mayo de 1924; y, (iii) el Acuerdo sobre la Expedición de Certificados de Identidad a Refugiados Rusos y Armenios, del 12 de mayo de 1926.

derechos al requisito de reciprocidad. Frente a ello, en 1928², se aprobó un nuevo acuerdo, cuyo aporte fue la creación de un estatuto personal específico para les refugiades y la estandarización de derechos reconocidos en virtud de aquel (Hathaway, 2005; Rubio Correa, 1999).

En 1933, los miembros de la Asamblea de la SDN reconocieron la necesidad de establecer un régimen vinculante, por lo que aprobaron la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados. Aunque este tratado no tuvo gran acogida –fue ratificado por apenas 8 Estados–, es considerado un hito, por las siguientes razones: (i) es uno de los primeros en codificar un régimen de protección internacional para seres humanos; (ii) reconoce la necesidad de establecer un régimen específico para les refugiades, distinto del régimen general de extranjería –que fue diseñado pensando en desplazamientos voluntarios y por razones económicas–; (iii) establece la obligación estatal de no expulsar y evitar devolver refugiades, incluso en zonas de frontera (Hathaway, 2005).

1.1.2. Enfoque social

Entre 1935 y 1938, el énfasis de la respuesta de la comunidad internacional no sólo se dirigió a la pérdida de protección *de jure*, sino también a la pérdida de protección de facto. Se amplió la definición para brindar respuesta a aquellas personas que, aunque no perdieron la protección formal de sus Estados de origen, se vieron afectadas por crisis sociales y políticas que les impidieron acceder a ella (Hathaway, 1984).

La adopción de este nuevo enfoque obedeció principalmente a la situación de persecución de personas judías durante la década de 1930 (Islam, 2013). Así, en febrero de 1938, se adoptó la Convención concerniente a la Condición de los Refugiados procedentes de Alemania. Además de reconocer como refugiades a quienes perdieron la protección material de su Estado de origen; siguiendo la distinción establecida en la Convención de 1933, este tratado se destacó por la exclusión expresa de aquellas personas que migraron por razones de sola conveniencia personal (Hathaway, 1984).

1.1.3. Enfoque individualista

Finalmente, en un tercer momento, entre los años 1938 y 1950, predominó un enfoque individualista. Antes que atender a los contextos políticos o sociales que forzaban el desplazamiento, esta perspectiva atendía al quebrantamiento de la vinculación entre cada

² Acuerdo relativo a los Refugiados Rusos y Armenios del 30 de junio de 1928, mediante el cual se extiende la protección a los refugiados asirios, asirio-caldeos, sirios, turcos y kurdos.

persona desplazada y su Estado de origen; por lo que requirió una evaluación caso por caso (Hathaway, 1984).

En este cambio de paradigma, destaca la resolución constitutiva del Comité Intergubernamental sobre Refugiados (1938-1947); dado que estableció que la huida debía obedecer al peligro para la vida o la libertad de la persona, a causa de sus opiniones políticas, creencias religiosas u origen racial (Hathaway, 1984).

Posteriormente, con la creación de la Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (1943-1946) y la Organización Internacional para los Refugiados (1946-1951), se intensificó un debate sobre si los motivos de la huida debían ser evaluados en términos subjetivos u objetivos; es decir, si era necesario o no que le solicitante ofreciera evidencia concreta de persecución (Hathaway, 1984).

Hacia la década de 1950's, aún no existía consenso en cuanto a los elementos de la definición, pero ya entonces era observable una preferencia por criterios más restrictivos. En ese contexto, en diciembre de 1950, se creó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo estatuto dio forma a la definición clásica de refugiado (Islam, 2013).

Dicha definición finalmente se cristalizó en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 (en adelante, Convención de 1951), en los siguientes términos:

Artículo 1.- Definición del término "refugiado"

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:
(...)

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (Asamblea General de la ONU, 1951).

Esta Convención es el principal instrumento jurídico para la determinación de la condición de refugiado, así como para la identificación de los derechos y obligaciones que de esa condición se desprenden (Chetail, 2019). Aunque conservó limitaciones de naturaleza temporal y geográfica, ambas cuestiones fueron resueltas por el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967 (Rubio Correa, 1999).

Con esas modificaciones, quedaron consolidados los siguientes elementos de la definición: (i) fundados temores, (ii) de ser perseguido, (iii) por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, (iv) se encuentre fuera del país del que es nacional³.

Así, es posible observar que se privilegió un enfoque individualista: la sola pérdida de protección a cargo del Estado de origen no es suficiente para ser reconocido como refugiado; además, es necesario acreditar que la ruptura de ese vínculo obedeció al riesgo de ser perseguido por un catálogo de motivos específicos. Con ello, muchas personas afectadas por graves crisis sociopolíticas en sus países de origen quedaron fuera del ámbito de protección del tratado.

Sin perjuicio de ello, al hacer referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo, la Convención resalta que su existencia guarda relación directa con el deber de los Estados de garantizar derechos y libertades fundamentales de los individuos (ONU, 1951). En consecuencia, aunque con restricciones, preserva la finalidad de la figura del refugio de garantizar los derechos humanos a quienes hayan perdido la protección de sus Estados de origen (Hathaway & Foster, 2014).

Ahora bien, a fin de analizar el régimen de protección consolidado en la Convención de 1951, es fundamental no perder de vista que la protección internacional se compone de dos elementos: el estándar de calificación y el estatuto de protección. En el caso de la Convención de 1951, el estándar de calificación es la definición de refugiado; mientras que el estatuto de protección es el conjunto de derechos reconocidos a quienes encajan en esa definición (McAdam, 2007). En los siguientes apartados, analizamos cada uno de estos elementos.

1.2. El estándar de calificación: elementos que definen al refugiado arquetípico

El estándar de calificación se determina a través de un procedimiento de naturaleza *declarativa* que inicia con una solicitud formulada por la persona interesada y culmina con una resolución emitida por las autoridades del Estado de acogida, que concede o deniega el reconocimiento de la condición de refugiado (ACNUR, 2019; Hathaway & Foster, 2014). Dado que la Convención de 1951 y su Protocolo no establecen un órgano de tratados que interprete su contenido de manera definitiva y con carácter vinculante, los criterios para definir si una persona cumple con los requisitos de la definición varían considerablemente según el diseño institucional al interior de cada Estado (Hathaway & Foster, 2014).

³ Cabe precisar que, artículos 1.F y 1.C, la Convención establece también criterios de exclusión y cesación de la condición de refugiado.

En consecuencia, y aun cuando ACNUR se encuentra facultado a brindar recomendaciones interpretativas; la determinación de los alcances de la Convención descansa, en buena cuenta, en la discrecionalidad de quienes toman las decisiones en cada Estado (Hathaway & Foster, 2014).

Pese a las divergencias resaltadas por los autores, los tribunales nacionales y otros tomadores de decisiones a nivel estatal han desarrollado un rico diálogo transnacional que evidencia una orientación a seguir determinados criterios comunes en la interpretación de la definición (Hathaway & Foster, 2014). Asimismo, en el caso particular de la Unión Europea (en adelante, UE), han sido aprobados criterios de carácter vinculante para la interpretación de los elementos de la definición (McAdam, 2005; Ferreira, 2018). A fin de revisar estas tendencias de estandarización interpretativa, nos referimos principalmente a los documentos oficiales emitidos por el ACNUR, así como a trabajos académicos que recogen y evalúan dichas interpretaciones.

1.2.1. *Fundados temores*

Tradicionalmente, este elemento ha sido disgregado en dos subelementos: uno de naturaleza subjetiva, que es el temor; y otro de naturaleza objetiva, la fundabilidad de ese temor (Hathaway & Foster, 2014).

Para el ACNUR (2019), el subelemento subjetivo requiere evaluar las declaraciones y la conducta de le solicitante para determinar cómo *se siente* respecto de la persecución que alega. Cuando ese temor no se desprende razonablemente de la información sobre los hechos alegados de la que dispone le evaluadore, se centra la atención en la credibilidad de le solicitante. A tales efectos, se considera sus experiencias personales, de las cuales deberá derivarse que la razón preponderante para dejar su país de origen haya sido el miedo a ser perseguido.

Sobre el subelemento subjetivo, Hathaway y Foster (2014) sostienen que, aunque ha sido ampliamente recogido en los sistemas de protección internacional, se trata de un enfoque *fundamentalmente ilógico*, porque no es posible conocer si una persona siente miedo; más aún en el contexto del procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Factores como la cultura, el hecho de encontrarse en un país ajeno, el género, la edad y la forma de comunicar pueden interferir en la capacidad de expresar el miedo, aun cuando se trate de alguien que tenga motivos objetivamente fundados para solicitar refugio.

Los autores critican también la aplicación del test de credibilidad para verificar el subelemento subjetivo (Hathaway & Foster, 2014). Tal como sostiene ACNUR (2019), si un solicitante

presenta un testimonio creíble, entonces, razonablemente, es posible considerar que siente miedo. Sin embargo, el problema de esta lectura es que la credibilidad no es en sí misma un elemento de la definición de refugiado. Los solicitantes con riesgos fundados de ser perseguidos en ocasiones pueden presentar testimonios exagerados o poco coherentes, y, aún así, ofrecer evidencia suficiente de encontrarse en necesidad de ser reconocidos como refugiados (Hathaway & Foster, 2014).

Estas objeciones hacen necesario apuntar a una forma de interpretación que haga posible verificar el objeto y fin de la Convención de 1951, que es brindar protección internacional a aquellas personas en riesgo de ser perseguidas. En ese sentido, los autores precisados proponen leer *fundados temores* como una “comprensión objetiva del riesgo”⁴ (2014, p. 105). Es decir, abandonar la interpretación que exige la verificación del subelemento subjetivo.

Desde esta mirada, explican que el estándar de prueba es la demostración de una *posibilidad real* de persecución, esto es, que el riesgo no sea *imaginario o remoto*. No se trata de realizar un balance milimétrico de probabilidades, sino de revisar toda la evidencia disponible para determinar si ésta es suficiente para considerar que el solicitante *podría* encontrarse en riesgo (Hathaway & Foster, 2014).

Ahora bien, en cuanto a los aspectos probatorios, cabe precisar que, en la determinación de la existencia del riesgo, existe un deber probatorio compartido entre el solicitante y el Estado de acogida. Aunque los solicitantes tienen la principal carga probatoria –porque son ellos quienes alegan el riesgo de persecución–; los Estados tienen acceso a recursos que permiten obtener información adicional. El deber de hacer uso de ellos se desprende de la obligación de implementar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en lo sucesivo, Convención de Viena) de buena fe, lo cual implica hacer todo lo que esté a su alcance para brindar protección internacional a quienes realmente la necesiten (Hathaway & Foster, 2014).

Es importante considerar que no existe una lista cerrada de medios probatorios admisibles. Todo lo que pueda probar el riesgo de persecución ha de ser tomado en consideración. Sin embargo, con no poca frecuencia, dada la naturaleza de la situación de los refugiados, los solicitantes no pueden ofrecer más que su propio testimonio (ACNUR, 2019).

En ese sentido, es importante precisar que la información proporcionada mediante declaraciones suele ser sometida a un doble filtro: uno de naturaleza interna y otro de tipo externo. El filtro interno es denominado *test de credibilidad*, y busca la coherencia y la

⁴ Para facilitar la lectura, hemos traducido de forma libre las citas textuales de las fuentes en inglés.

verosimilitud en las declaraciones. Por otro lado, el filtro externo busca la ausencia de contradicción entre aquellas y los hechos sobre los que se tiene certeza). La tendencia en la práctica de los Estados es presumir la verosimilitud del testimonio, salvo exista evidencia en contrario (Hathaway & Foster, 2014).

1.2.2. De ser perseguido (...) y que, a consecuencia de dichos temores, no quiera o no pueda acogerse a la protección de dicho país

Aunque este es el elemento gravitante y distintivo de la definición clásica, la Convención de 1951 no establece una lista cerrada de situaciones que puedan calificar como persecución (Hathaway & Foster, 2014). No obstante, tradicionalmente, esta noción ha sido entendida como “un perjuicio injustificable para la vida de las personas o para su integridad física o mental cuando se llega al extremo de hacerse insostenible, convirtiéndose la huida en la única salida” (Rubio Correa, 1999, p. 143).

En ese orden de ideas, Goodwin-Gill (2014) explica que, pese a la indeterminación del concepto, es posible encontrar un parámetro claro en los artículos 31 y 33 de la Convención . Así, el artículo 31 establece que el sentido del estatuto de refugiado es proteger la vida o la integridad de las personas a quienes resulta aplicable:

Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, **llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1**, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales (Asamblea General de la ONU, 1951). [énfasis agregado]

Por otro lado, el artículo 33 prohíbe la expulsión o devolución de personas refugiadas a territorios donde su vida o libertad se encuentren en riesgo:

Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún **Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre** por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (Asamblea General de la ONU, 1951). [énfasis agregado]

Asimismo, ACNUR (2019) precisa que algunos tratos discriminatorios también pueden ser considerados persecución cuando se encuentren asociados a otros factores como la violencia

generalizada en el país de origen, o sean de tal intensidad que hagan peligrar la vida, libertad o integridad.

Hathaway y Foster (2014) precisan que es necesario balancear una mirada objetiva del elemento persecución –que permita el establecimiento de criterios claros para su verificación– con una aproximación flexible; sobre todo si tomamos en consideración la referencia expresa en el preámbulo del Protocolo de 1967 a la necesidad de extender la protección de la Convención a nuevas situaciones de refugiados. Se trata, en consecuencia, de entender el término desde ciertas constantes que permitan su identificación, sin perder de vista que se encuentra en constante evolución.

En ese sentido, proponen una lectura bifurcada de la noción de persecución, compuesta por (i) un [riesgo de] daño severo y (ii) la ausencia de protección estatal. Dado que el estatuto de refugiado opera como un régimen de protección subrogada, sólo podrá considerarse que los hechos alegados constituyen persecución cuando el Estado de origen se rehúse a, o se encuentre imposibilitado de, brindar protección (Hathaway & Foster, 2014).

Con respecto al subelemento *daño severo*, los autores sostienen que el mejor parámetro son los estándares de derechos humanos. Para ellos, eso se debe no sólo a la referencia expresa a aquellos en el preámbulo de la Convención; sino porque proveen consistencia y legitimidad al procedimiento, en tanto han sido aceptados por los propios Estados como estándares mínimos de protección (Hathaway & Foster, 2014).

Sin perjuicio de ello, persisten algunos temas sin resolver en cuanto a la aplicabilidad de tales estándares. Por un lado, si son aquellos que se desprenden de los tratados ratificados por el Estado de origen o por el que acoge. Para los autores, dado que no se trata de un análisis de responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones, sino, más bien, de un parámetro interpretativo, basta que se trate de la amenaza a un derecho humano ampliamente reconocido en el Derecho Internacional (Hathaway & Foster, 2014).

Por otro lado, una pregunta aún más compleja es si cualquier amenaza a cualquier derecho humano puede constituir un daño severo. Como señalamos líneas arriba, tradicionalmente se ha entendido que la persecución debe constituir una amenaza a derechos como la vida, integridad o libertad, de una magnitud tal que obligue a la persona a dejar su país de origen. Para Hathaway y Foster (2014), esta postura es cuestionable, en el extremo que presupondría una especie de jerarquía entre derechos, la cual ha sido descartada en el ámbito internacional.

Para los autores, aunque la severidad del daño no puede encontrarse en una categoría específica de derechos, sí puede evaluarse a partir del nivel de afectación de estos. Es decir, la severidad radica en que el riesgo alegado se encuentre en el núcleo del contenido del derecho y no meramente en sus márgenes. Eso siempre que no se realice una evaluación fragmentada de los derechos alegados, en tanto podría suceder que varias afectaciones en los márgenes de distintos derechos, vistas en conjunto, constituyan un daño severo (Hathaway & Foster, 2014) .

Sin ánimo de presentar una lista cerrada, y teniendo en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales innovadores, proponen la siguiente clasificación:

Cuadro No. 1: Riesgos que pueden calificar como persecución		
A la seguridad física	A la libertad	A la autonomía y realización personal
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Amenazas a la vida; ▪ tortura u otros tratos cueles, inhumanos o degradantes; ▪ esclavitud, incluyendo trata de personas y matrimonio forzado; ▪ violencia física; ▪ denegación de un estándar de vida adecuado; ▪ privación de servicios esenciales y críticos de salud. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Arresto y detención; ▪ Acusación penal; ▪ Amenaza a la libertad de desplazamiento ▪ Denegación del derecho a trabajar y trabajo forzado 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Amenazas a la libertad religiosa; ▪ Amenazas a la libertad de conciencia y credo, incluyendo la resistencia al servicio militar ▪ Denegación del derecho a la educación ▪ Amenazas a la libertad de expresión y reunión ▪ Amenazas al derecho a formar una familia y al matrimonio, incluyendo la unión entre personas del mismo sexo ▪ Amenazas a la vida privada, incluyendo la autonomía sexual

Fuente: Hathaway & Foster, 2014

(Elaboración propia)

Ahora bien, si miramos la lista de riesgos del cuadro anterior, los derechos a la vida, libertad e integridad continúan siendo gravitantes. Y es que, aunque el aporte de Hathaway y Foster es muy valioso, pierde de vista que la idea de persecución ha estado tradicionalmente asociada a esos derechos en específico no por considerar que existe una jerarquía entre derechos

humanos, sino porque los Estados que elaboraron la Convención de 1951 consideraron que persecución no es la amenaza a cualquier derecho, sino sólo de aquellos cuya vulneración torne insostenible permanecer en el Estado de origen (Price, 2009; Rubio Correa, 1999).

Una lectura alternativa a lo planteado es entender daño y severidad en dos planos distintos. Si consideramos, por ejemplo, los derechos económicos y sociales que aparecen en el cuadro, la sola afectación de estos no es lo que se considera persecución. Más bien, sólo se entiende que esta existe si dicha afectación tiene por efecto una vulneración significativa de los derechos a la vida, integridad o libertad.

En ese sentido, la naturaleza evolutiva de la interpretación del elemento “ser perseguido” (ONU, 1951) radica en abandonar la idea de que sólo pueden constituir persecución las vulneraciones directas a estos derechos –entiéndase, por ejemplo, las amenazas de muerte, el encarcelamiento o la tortura–, para considerar que también pueden encajar en esa categoría vulneraciones indirectas, vía afectación de otros derechos humanos. Así, aunque vulnerar el derecho al trabajo no sea por sí solo un acto de persecución, denegarlo de manera absoluta sí lo es, en tanto constituye una afectación severa al derecho a la libertad. Se trata, en suma, de reconocer la relación de interdependencia entre los derechos humanos (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993; Nikken, 2010) al interpretar la definición de refugiado.

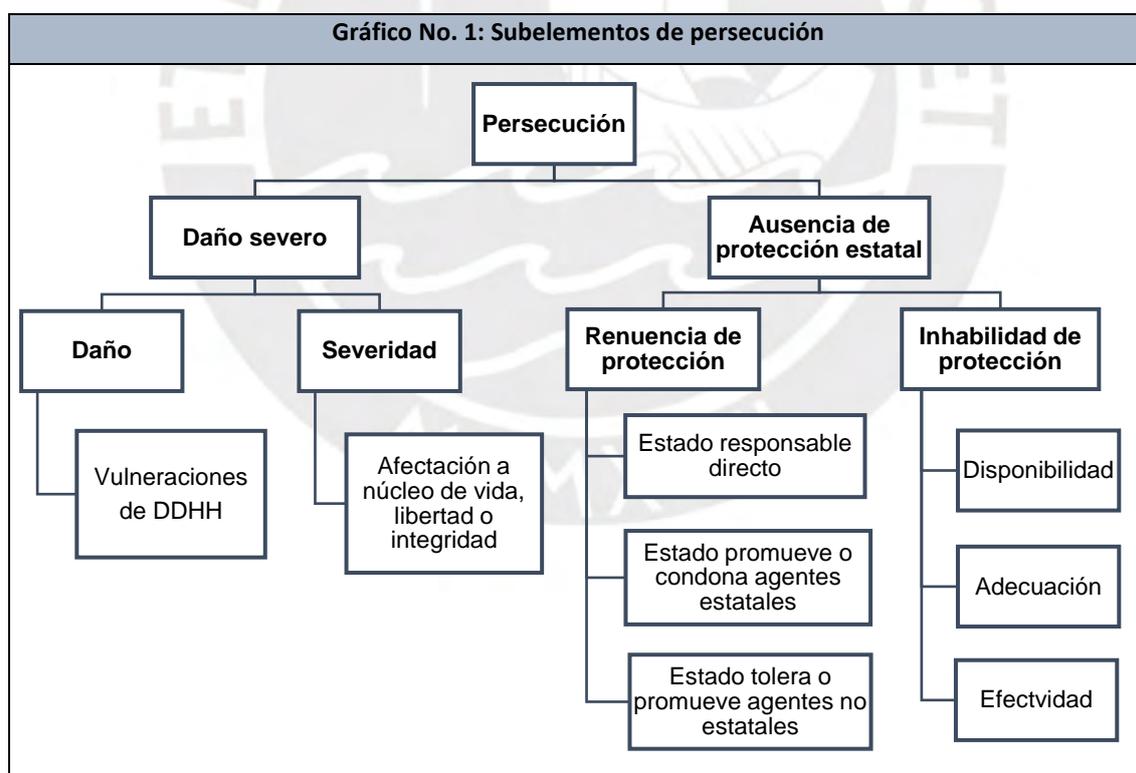
Recapitulando la idea de los dos planos de análisis, mientras la noción de daño puede referirse a la afectación de cualquier de derecho humano, aquel sólo será severo en la medida que tenga por efecto la vulneración del núcleo de los derechos a la vida, integridad o libertad. Así, tomamos la idea de Hathaway y Foster de un catálogo extendido de derechos para distinguir a las conductas que pueden calificar como daños, pero precisamos que la severidad ha de medirse en términos de cuán intensamente tales daños afectan a los derechos cuya vulneración desencadena la protección internacional en los términos de la Convención de 1951.

En relación con el segundo subelemento –la ausencia de protección estatal–, esta puede subdividirse en (i) renuencia de protección, e (ii) inhabilidad de protección (Hathaway & Foster, 2014). Al respecto, es importante considerar que la Convención no exige que los agentes de la persecución sean necesariamente autoridades estatales. Ésta puede ser ejercida por personas privadas que actúan al margen de las normas o con la aquiescencia de las autoridades del país de origen. En efecto, muchos de los tratos discriminatorios que escalan hasta convertirse en actos de persecución son realizados por quienes conforman la comunidad de le solicitante. En esos escenarios, lo relevante es que los actos de persecución cometidos por civiles sean

“deliberadamente tolerados por las autoridades, o éstas se nieguen a proporcionar una protección eficaz o sean incapaces de hacerlo” (ACNUR, 2002b, párr. 20).

Con respecto a la renuencia de proteger en específico, es posible identificar tres situaciones: (i) el Estado es indefectiblemente responsable de la persecución, (ii) el gobierno central promueve o condona la persecución realizada por ramas gubernamentales subordinadas o locales; (iii) el Estado tolera o promueve tácitamente la actividad de agentes no estatales, aun cuando es evidente que tiene capacidad para intervenir (Hathaway & Foster, 2014).

En cuanto a la inhabilidad de proteger, antes que una evaluación formalista de la disponibilidad de mecanismos de protección en el Estado de origen, la tendencia jurisprudencial es realizar un análisis sustantivo. Es decir, el escrutinio no sólo gira en torno a la disponibilidad, sino a la adecuación y efectividad de la protección. En ese sentido, antes que una evaluación sobre si, *en teoría*, le solicitante puede acceder a tales remedios, o si el Estado tiene la *intención* o realizó el esfuerzo de proteger; corresponde analizar si le solicitante puede, en la práctica, acceder a tales remedios, y si estos resultan suficientes para eliminar o reducir sustancialmente el riesgo de ser perseguido (Hathaway & Foster, 2014).



(Elaboración propia)

1.2.3. *Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*

Como explicamos cuando nos referimos al enfoque individualista, la definición clásica requiere la existencia de un nexo causal entre el riesgo de ser perseguido y alguno de los motivos prohibidos de discriminación expresamente recogidos en el tratado. Es importante considerar que la intencionalidad de la persecución no requiere ser probada, sino que basta que el riesgo de daño severo afecte a le solicitante *en razón a* ese motivo prohibido (Hathaway & Foster, 2014).

Sobre estos motivos, es necesario considerar lo siguiente: (i) más de una categoría puede verificarse en un mismo caso; (ii) que persecutore y solicitante compartan un mismo motivo prohibido no es causal de infundabilidad; (iii) una persona perteneciente a una categoría puede encontrarse en riesgo aunque las demás no lo estén; (iv) basta que le persecutore considere que le solicitante pertenece a determinada categoría aun cuando eso no sea cierto, (v) la categoría de refugiado no está restringida sólo a aquellos grupos que constituyan una minoría en el país de origen (Hathaway & Foster, 2014).

Asimismo, es importante considerar que la pertenencia a determinada categoría puede ser sencillamente observable –por ejemplo, la nacionalidad o la raza–, en tanto que otras se revelan mediante actividades o comportamientos –como las opiniones políticas o la religión o la pertenencia a determinados grupos sociales. Sin embargo, todos los motivos prohibidos de la Convención tienen la misma relevancia y el mismo mérito, sin importar si su acreditación resulta más o menos compleja (Hathaway & Foster, 2014).

A propósito del tema abordado en el presente trabajo, nos detendremos a analizar el motivo de persecución referido a la pertenencia a un determinado grupo social, que es entendido como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos” (ACNUR, 2002b, párr. 29).

Con respecto a este motivo prohibido, Hathaway & Foster (2014) resaltan que se trata de una categoría que ha desempeñado un rol central en mantener vigente la capacidad de respuesta del DIR frente a necesidades de protección internacional que no fueron pensadas por quienes redactaron la Convención. Mediante una interpretación evolutiva de esta categoría, se ha reconocido la condición de refugiadas a personas en riesgo de persecución por género, orientación sexual, edad, discapacidad (Hathaway & Foster, 2014).

Tal como precisamos respecto de todos los motivos prohibidos, esta característica compartida puede ser real o percibida. Para ACNUR (2002b), lo importante es que las acciones de persecución sean cometidas *por considerar que* la persona posee ese rasgo común. Debe tenerse en consideración que el hecho de que varias personas sean perseguidas o que compartan un temor común a serlo no define su pertenencia al grupo. No obstante, esa persecución puede constituir un indicador de que ese conjunto de personas es identificado como un grupo en la sociedad de origen (ACNUR, 2002b).

Asimismo, explica que es generalmente aceptado que no se requiera que las personas que pertenecen al grupo social se encuentren cohesionadas o que reconozcan esa característica social como compartida. Tampoco es exigible que todas las personas del grupo se encuentren en riesgo de ser perseguidas para considerar que el grupo existe. Entre las razones por las que todos quienes conforman un grupo no corren peligro de ser o de hecho no han sido perseguides, se encuentran: que oculten ese rasgo común, que los persecutores no conozcan de su existencia o que exista una relación de cooperación con los persecutores. Finalmente, el tamaño del grupo social tampoco es un criterio para la determinación de su existencia (ACNUR, 2002bb).

1.2.4. Se encuentre fuera del país del que es nacional

El refugio es un estatuto de protección internacional; por tanto, no puede operar mientras las personas se encuentren bajo jurisdicción territorial de su país de origen (ACNUR, 2019). Tal como hemos precisado, la protección internacional que se desprende del estatuto de refugiado es de naturaleza sustituta o subrogada, dado que opera sólo cuando el Estado de origen se rehúsa a, o se encuentra imposibilitado de, brindar la protección que naturalmente se desprende del vínculo de nacionalidad (Goodwin-Gill & McAdam, 2007).

En consecuencia, grupos de personas como las desplazadas internas se encuentran fuera del ámbito de protección de la Convención, entre otras razones; a causa del respeto irrestricto del DIR al principio de soberanía; para evitar la evasión de responsabilidad de los Estados respecto de aquellas personas que se encuentran bajo su jurisdicción; y para prevenir que la comunidad internacional se vea desbordada en su capacidad de brindar respuesta a las necesidades de protección de las personas desplazadas (Hathaway & Foster, 2014).

1.3. El estatuto de protección: derechos reconocidos a les refugiades en virtud de la Convención de 1951

A diferencia de los tratados de derechos humanos aprobados posteriormente, la Convención de 1951 tiene dos rasgos particulares: establece, principalmente, obligaciones estatales antes que

derechos de las personas; y realiza distinciones marcadas entre sus beneficiarios. Estos factores tienen por efecto que el régimen de derechos de la Convención sea especialmente intrincado (Chetail, 2019; Goodwin-Gill & McAdam, 2007; Hathaway, 2005).

A fin de simplificar la comprensión de los derechos que se desprenden del estatuto de refugiado, se propone analizarlos a partir de una ecuación compuesta por dos variables: (i) titularidad y (ii) estándar de tratamiento. La titularidad tiene que ver con el ámbito de aplicación de la norma, mientras que el estándar de tratamiento es el contenido de dicha norma (Chetail, 2019; Goodwin-Gill & McAdam, 2007).

La variable de titularidad tiene tres ámbitos o niveles distintos de aplicación: (i) refugiado sin ninguna cualificación, (ii) refugiados presentes en el territorio y (iii) refugiados residentes en el territorio. A su vez, los refugiados con presencia en el territorio se subclasifican en (a) refugiados con mera presencia física y (b) refugiados con presencia legal. Asimismo, según la naturaleza de la residencia, existen tres niveles distintos: (a) residencia física, (b) residencia legal y (c) residencia habitual. Se trata de un “continuum incremental de protección” que amplía el número de derechos reconocidos según el nivel de vinculación territorial entre el refugiado y el Estado que le acoge (Chetail, 2019, p. 178).

Los estándares de tratamiento que corresponden a cada derecho tienen tres niveles: (i) tratamiento otorgado a los nacionales del Estado de acogida, (ii) tratamiento más favorable otorgado a los nacionales de un país extranjero, y (iii) tratamiento no menos favorable que aquel otorgado a las personas extranjeras que se encuentren generalmente en las mismas circunstancias (Chetail, 2019).

Sin perjuicio de ello, existen derechos respecto de los cuales no se establece diferenciación en cuanto a los estándares de tratamiento, y que son plenamente reconocidos por el solo hecho de cumplir con los requisitos de titularidad. Tal es el caso de derechos como no discriminación, acceso a la justicia, no devolución y no sanción penal por infracción de las normas migratorias (Chetail, 2019).

Cuadro No. 2: Derechos reconocidos a los refugiados en virtud de la Convención de 1951

Contenido		Contenido autónomo (garantías específicas)	Estándares contingentes de tratamiento		
			Nacionales	Extranjeros más favorecidos	Demás extranjeros
Criterio de titularidad					
Refugiado		No discriminación (art. 3) Estatuto personal (art. 12) Naturalización (art. 34)	Racionamiento (art. 20) Educación pública primaria (art. 22.1) Gravámenes fiscales (art. 29)		Bienes muebles e inmuebles (art. 13) Educación pública no primaria (art. 22.2)
Presencia	Física	Acceso a los tribunales (art. 16.1) Documentos de identidad (art. 27) Prohibición de penas por entrada o presencia ilegal (art. 31)	Libertad religiosa (art. 4)		
	Legal	Expulsión (art. 32)	Libertad de circulación (art. 26)		Trabajo por cuenta propia (art. 18)
Residencia	Física	Ayuda administrativa (art. 25)			
	Legal	Documentos de viaje (art. 28)	Asistencia pública (art. 23) Legislación laboral y seguridad social (art. 24)	Derecho de asociación (art. 15) Empleo remunerado (art. 17)	Profesiones liberales (art. 19) Vivienda (art. 21)

	Habitual		Derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14)		
			Asistencia legal (art. 16.2)		

Fuente: Chetail, 2019

Así es como quedaron configurados los derechos reconocidos a les refugiades en virtud de la Convención de 1951. Chetail (2019) explica que el estatuto de refugiade en su vertiente clásica es una suerte de híbrido entre el Derecho de extranjería y un Derecho Internacional de los Derechos apenas en formación. Se trata de un diseño que no es completo ni coherente, sino que obedece al contexto histórico en que fue aprobado (Chetail, 2019).

2. LA VINCULACIÓN ENTRE EL DIR Y EL DIDH

2.1. Entendiendo el contexto: de la supremacía a la instrumentalidad del principio de soberanía

El DIR está atravesado por un dilema existencial, representado por la tensión entre, por un lado, el principio de soberanía, y los principios de supremacía territorial y autopreservación que derivan de él; y, por otro, los principios humanitarios que atienden a la necesidad de protección de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (Chetail, 2019; Goodwin-Gill & McAdam, 2007).

El DIR, en su vertiente más tradicional, rechaza la necesidad de construir un sistema comprensivo de asistencia para todas las personas desplazadas forzosamente, y se alinea, más bien, a los intereses hegemónicos de limitar el desplazamiento internacional (Hathaway, 1991).

Tal como hemos precisado en el primer apartado, el DIR respondió principalmente al interés de los Estados en mantener estrictos regímenes de control migratorio en un contexto en que las demandas de protección internacional se convirtieron en una realidad ineludible. Por lo tanto, esta rama del Derecho Internacional ha sido entendida, desde sus inicios, como un régimen excepcional, construido de manera instrumental a la soberanía estatal.

Esa preponderancia de la soberanía territorial y el interés de autopreservación son factores que explican el alto nivel de discrecionalidad que el régimen de la Convención de 1951 otorga a los

Estados para la determinación de la condición de refugiado, tanto en fondo como en forma; el número limitado de derechos reconocidos y los distintos niveles de titularidad y de estándares de tratamiento; así como la ausencia de un órgano de control especializado que supervise de manera efectiva el cumplimiento del tratado (Hathaway, 1991).

Una cuestión clave para comprender esa situación es el momento histórico en que surge la Convención: se trata de un periodo previo a la consolidación del régimen de derechos humanos. Con la aprobación de los principales tratados del DIDH, surgió uno de los más importantes cambios de paradigma en el Derecho Internacional: la soberanía estatal pasó de ser entendida como preponderante para ser concebida desde una mirada instrumental (Salmón Gárate, 2019).

Con la universalización del régimen de derechos humanos, iniciada con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 (en lo sucesivo, DUDH) y la posterior codificación de estos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) en 1969; así como la aprobación de sus equivalentes a nivel regional, los Estados acordaron ceder esferas de soberanía con el propósito de proteger a los seres humanos. Así, el Derecho internacional ha evolucionado de un enfoque centrado en la soberanía a uno enfocado en derechos (van der Vyver, 2013).

Según explica Carrillo Salcedo, ese cambio obedece al “proceso de humanización del orden internacional” (2000, p. 73). Con este nuevo enfoque, se abandona la concepción clásica del ser humano como mero objeto del Derecho Internacional para considerarlo como un verdadero sujeto del Derecho Internacional (2000, pp. 74-73). Se trata, en suma, de un nuevo Derecho Internacional, “menos formalista y más ético, menos neutro y más valorativo (...), y menos voluntarista y más proclive a admitir la presencia de reglas imperativas ‘que prevalecen sobre la voluntad de los Estados’” (Carrillo Salcedo citado por Sotomayor, 2007, p. 173).

Como señala Salmón, este proceso implica abandonar la idea de la soberanía como principio absoluto, para “entenderla como una soberanía funcional” (2019, p. 66); de manera que la potestad de control sobre el territorio y las personas se entienda limitada por las obligaciones en materia de derechos humanos (2014, p. 66).

Al respecto, cabe precisar que la soberanía continúa siendo un pilar del Derecho internacional. No se trata de su reemplazo por la dignidad humana, sino de una erosión y relativización de la primera con el propósito de garantizar la segunda (Carrillo Salcedo, 2000).

Así, aunque los Estados conservan un importante margen de discrecionalidad para decidir cómo dar cumplimiento a las obligaciones que se desprenden del DIDH, la universalidad de dichos derechos les exige reconocerlos a todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o su estatus de ciudadanía (Larking, 2014).

2.2. Formas de vinculación entre el DIDH y el DIR

Dado el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, una pregunta que corresponde atender es cómo entender la definición y el estatuto de refugiado en este nuevo contexto. Para dar respuesta a esta interrogante, primero, nos referimos al reconocimiento del asilo como derecho humano. Posteriormente, explicamos la ampliación de los alcances de la Convención de 1951 en tres aspectos: los elementos de la definición de refugiado, la interpretación evolutiva de la definición clásica y los derechos reconocidos a los refugiados en virtud del DIDH. Luego, nos referimos al principio de no devolución como nexo entre el DIDH y el DIR. Finalmente, a partir de lo anterior, analizamos las teorías sobre los niveles de vinculación entre el DIDH y el DIR.

2.2.1. El reconocimiento del asilo como derecho humano

Uno de los primeros pasos en el proceso de entender al asilo como un asunto de derechos vino dado por la Convención de 1951, en tanto “su objeto principal consiste en proteger los derechos humanos de las personas cuando dicha protección no está disponible en sus países de origen” (Corte IDH, 2018, para. 41).

Sin embargo, no puede perderse de vista que no es propiamente un tratado de derechos humanos, en tanto fue pensada como un régimen excepcional e instrumental a la soberanía estatal. De hecho, la Convención es frecuentemente empleada como fuente de justificación para la implementación de medidas restrictivas frente a los flujos de refugiados (Edwards, 2005).

El verdadero cambio de paradigma en la concepción del asilo vino dado por el desarrollo del DIDH. Primero, mediante su reconocimiento universal en la DUDH. Al respecto, el artículo 14 de la Declaración establece que “[e]n caso de persecución, toda persona tiene **derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él**, en cualquier país” (ONU, 1948). [énfasis agregado]. Esta es la única norma de alcance universal que reconoce al asilo como derecho humano (Nicolosi, 2015).

Posteriormente, dicho derecho fue recogido en instrumentos regionales, en los siguientes términos:

Cuadro No. 3: El derecho al asilo en instrumentos regionales de derechos humanos		
Sistema interamericano	Sistema africano	Sistema europeo
<p><u>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)</u></p> <p>“Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.” (Organización de Estados Americanos – OEA, 1948). [énfasis agregado]</p>	<p><u>Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana)</u></p> <p>“Artículo 12 (...)</p> <p>3. Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales.” (Unión Africana, 1981). [énfasis agregado]</p>	<p><u>Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</u></p> <p>“Artículo 18. Derecho de asilo Se garantiza 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” (2000). [énfasis agregado]</p>
<p><u>Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)</u></p> <p>“Artículo 22. Derecho de Circulación y residencia (...)</p> <p>7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.” (OEA, 1969) [énfasis agregado]</p>		<p><u>Convenio Europeo de Derechos Humanos</u></p> <p>Este tratado no contiene un reconocimiento expreso del derecho de asilo. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido en reiterados pronunciamientos⁵ que se trata de un derecho implícito, en tanto habilita el acceso y disfrute a otros derechos reconocidos en el Convenio (Nicolosi, 2015; Abass e Ippolito, 2014).</p>

(Elaboración propia)

Según explican Cantor & Barichello (2013), una cuestión clave es que el solo reconocimiento en instrumentos de derechos humanos fue apenas un primer paso en el proceso de entender el asilo como derecho humano. El desarrollo interpretativo de los órganos de tratados ha sido

⁵ Esta postura de la Corte deriva, principalmente, de interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que reconoce el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes–, como una norma que comprende el derecho a la no devolución. Esta tendencia jurisprudencial inició con el caso Soering vs. Reino Unido en 1989, y ha sido reforzada en casos como Cruz Varas y otros vs. Suecia de 1991, y Salah Sheek vs. Países Bajos de 2007 (Nicolosi, 2015; Abass e Ippolito, 2014).

fundamental en ese proceso. En el caso del sistema interamericano, desde mediados de los años 90, con el caso *Interdicción de Haitianos v. Estados Unidos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), los órganos de tratados han construido una nutrida línea jurisprudencial que desarrolla el contenido del derecho y las obligaciones estatales específicas que se derivan de él (Cantor & Barichello, 2013).

Uno de los aportes interpretativos más importantes vino dado por el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* de 2013 y la Opinión Consultiva No. 25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH) de 2018. El primero es especialmente relevante por tratarse de la primera sentencia de la Corte en desarrollar las obligaciones específicas del Estado en materia de debido proceso y derecho a la no devolución en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado (Corte IDH, 2013).

La segunda construye sobre lo establecido en ese caso y otras opiniones consultivas como la OC-21/14, no sólo en cuanto a las obligaciones estatales derivadas del derecho de asilo, sino en cuanto a la naturaleza misma del derecho; es decir, qué abarca y qué no abarca en el marco de la CADH (Corte IDH, 2018). En las siguientes líneas, desarrollamos algunas cuestiones clave sobre ese último punto.

En el Derecho Internacional, el término asilo tiene más de una acepción. Así, puede ser entendido como (i) asilo en sentido estricto o asilo político; o (ii) asilo bajo el estatuto de refugiado (Corte IDH, 2018).

Aunque el asilo político no es abarcado en este trabajo, cabe precisar que es la protección internacional frente a “persecución por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos” (Corte IDH, 2018). Según explica la Corte, esta forma de asilo se corresponde con la tradición latinoamericana de asilo, y se encuentra recogida en instrumentos regionales como las Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial de 1954. Esta tradición se desarrolló, principalmente, luego de los procesos independentistas en América Latina, con el propósito de brindar protección frente a la persecución política al interior de los nuevos Estados (Corte IDH, 2018).

Ahora bien, Martínez Monge precisa que “el asilo puede ser analizado como una institución o como un derecho” (2012, p. 23). En tanto institución, es entendido como “la protección que brinda una entidad (Estado) vista como una práctica, uso o actuación unida por cierta estabilidad y homogeneidad que refleja la conducta de los miembros de una colectividad (comunidad internacional)” (2012, p. 25).

En tanto derecho, el asilo es pensado en dos sentidos: como una prerrogativa del Estado y como un derecho humano. En cuanto a lo primero, hasta la primera mitad del siglo XX, el asilo fue entendido como un privilegio otorgado a los individuos según criterios libremente elegidos por las autoridades estatales (Nicolosi, 2015). No obstante, con el proceso de humanización del derecho internacional, ha dejado de ser entendido como una mera prerrogativa estatal, para ser concebido como un verdadero derecho subjetivo del que se desprenden obligaciones internacionales específicas para los Estados (Corte IDH, 2018).

Con respecto al contenido de este derecho en el sistema interamericano, la Corte IDH ha precisado que abarca tanto el asilo bajo el estatuto de refugiado como el asilo político, pero a este último sólo en su vertiente territorial. Esto se debe a que tanto la Declaración como la Convención Americana establecen de manera expresa que quien requiere protección internacional en virtud de ese derecho debe encontrarse en territorio extranjero (Corte IDH, 2018).

A diferencia de la formulación del derecho al asilo en el ámbito universal y europeo, los sistemas interamericano y africano reconocen explícitamente un derecho no sólo a buscar y disfrutar del asilo, sino a recibirlo. Al respecto, la Corte IDH precisa que, en virtud de la DADH y la CADH, “buscar” y “recibir” son elementos indisolubles del derecho (Corte IDH, 2018, p. 120). Asimismo, tomando en consideración lo establecido en la DUDH, Martínez Monge (2012) sostiene que, además de estas dos facetas, este derecho se compone de una tercera: el derecho a disfrutar del asilo.

El derecho a buscar asilo se encuentra intrínsecamente relacionado, por un lado, con el derecho a la libertad de circulación, reconocido en el artículo 22.2. de la CADH, y que faculta a los individuos a salir del territorio de su Estado de origen (Nicolosi, 2015).

Por otro lado, el derecho a recibir asilo se vincula con otros dos derechos clave: a la no devolución y al debido procedimiento. Aunque desarrollamos ambos con más detalle en un acápite posterior; el primero obliga al Estado de acogida a no rechazar a quienes solicitan refugio en frontera, así como a no interceptarles en aguas internacionales ni a expulsarles durante el procedimiento de determinación de la condición de refugiado; mientras que el segundo implica que el Estado permita a los refugiados acceder a dicho procedimiento, respetando las garantías del debido proceso (Corte IDH, 2018).

Por otro lado, la Corte IDH precisa que el derecho a recibir asilo “significa que el Estado debe otorgar la protección siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que ésta pueda ser brindada” (Corte IDH, 2018, para. 123). Así, otorgar asilo es entendido ahora como una

verdadera obligación jurídica que limita los márgenes de discrecionalidad: toda persona que cumpla con lo establecido en las normas que regulan el procedimiento de determinación de la condición de refugiado debe recibir protección.

Finalmente, Martínez Monge explica que el derecho a disfrutar del asilo es entendido como aquel que prohíbe la adopción de medidas que obstaculicen la permanencia pacífica de la persona beneficiaria en el país que le brinda protección. Dichas medidas incluyen tanto la prohibición de no sanción por permanencia o ingreso irregular en el territorio, como la prohibición de expulsión o extradición luego de haber recibido el reconocimiento de la condición de refugiado (2012, p. 34).

Cabe precisar que las obligaciones estatales derivadas de estas facetas del derecho de asilo vinculan al Estado siempre que los solicitantes de asilo y los refugiados, según corresponda, no encajen en alguna de las causales de exclusión o cesación establecidas en los artículos 1.F y 1.C de la Convención de 1951.

2.2.2. La ampliación de la definición clásica mediante instrumentos regionales

El enfoque individualista de la Convención 1951 probó ser insuficiente para dar respuesta a las situaciones complejas de desplazamiento forzado a nivel internacional. Conscientes de la importancia de retomar un enfoque social para atender a las nuevas crisis de refugiados, los Estados del Sur Global adoptaron definiciones que extendieron el ámbito de protección de la Convención (Chetail, 2019).

El instrumento pionero fue la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA, ahora Unión Africana) por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969 (en adelante, Convención de la OUA). Su definición del término "refugiado" parte de reconocer dos aspectos de la realidad africana que quedaron excluidos de la Convención de 1951: la lucha de los pueblos africanos contra la colonización y el apartheid, y el saldo de violencia de los conflictos armados (Mandal, 2005).

Además de la definición de la Convención de 1951, la Convención de la OUA, en su artículo I(2), establece lo siguiente:

El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de **una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público** en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad (OUA, 1969). [el énfasis es nuestro]

Esta definición ampliada elimina los requisitos de persecución y del nexo causal con un motivo prohibido, por lo cual, toda persona que se haya visto obligada a huir de su país de origen a causa de los eventos resaltados, merecerá protección internacional bajo el estatuto de refugiado. Cabe precisar que este es el único instrumento jurídico internacional de carácter vinculante que extiende la protección de la categoría refugiado (Mandal, 2005).

El segundo instrumento es la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (en adelante, Declaración de Cartagena), que fue aprobada para dar respuesta a las crisis de refugiados originadas en Centroamérica entre 1970's y 1980's (Demant, 2013). Aunque la Declaración es un instrumento de *soft law*, su definición ampliada ha sido recogida por los ordenamientos internos de un extenso número de países latinoamericanos⁶, así como por la jurisprudencia de la Corte IDH (2013, 2014, 2018).

Tomando como referencia la Convención de la OUA, Cartagena amplía la definición clásica en los siguientes términos:

[L]a definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países **porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público** (Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, 1984). [el énfasis es nuestro]

En este reconocimiento de nuevas situaciones que requieren protección bajo el estatuto de refugiado, el proceso de humanización del Derecho internacional desempeñó un rol importante. Así, el punto nro. 6 del preámbulo de la Convención de la OUA recoge marco de referencia el principio según el cual todos los seres humanos deben gozar de los derechos y libertades fundamentales cristalizados en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (en adelante, Carta ONU) y la DUDH (OUA, 1969).

En ese mismo orden de ideas, la Declaración de Cartagena no sólo señala en su conclusión tercera que las violaciones de derechos humanos deben ser reconocidas como un hecho que puede gatillar la protección bajo el estatuto de refugiado; sino, además, reconoce, en sus conclusiones octava y décima, que los Estados de acogida deben respetar y garantizar los

⁶ Elementos de la definición ampliada han sido incorporados en las legislaciones de Bolivia, Ecuador, México, Belice, Guatemala, Paraguay, El Salvador, Perú, Honduras, Argentina, Uruguay, Nicaragua, Colombia, Chile, Costa Rica (ACNUR, 2017).

derechos humanos de le refugiades según lo establecido en la CADH (Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, 1984).

2.2.3. Interpretación evolutiva de la definición clásica mediante estándares de derechos humanos

Como hemos adelantado en un acápite anterior, la interpretación de la definición clásica de refugiade no ha permanecido estática. Dos elementos que se han nutrido de manera sustancial de los estándares de derechos humanos son, por un lado, la persecución y, por otro, los motivos prohibidos de persecución, en específico, aquel referido a la pertenencia a un grupo social (Edwards, 2005).

Al respecto, Hathaway & Foster (2014) precisan que lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, según el cual los tratados deben interpretarse conforme al “sentido corriente” de sus términos, no implica que la interpretación deba limitarse a la literalidad. Por el contrario, ese mismo artículo exige que el proceso interpretativo siga el principio de buena fe, y tenga en cuenta todo acuerdo, práctica u otra forma de Derecho Internacional que vincule a las partes del tratado (Hathaway & Foster, 2014).

A partir de ello, es innegable que las normas de derechos humanos son cuerpos de Derecho Internacional que han de servir como pautas interpretativas para los Estados parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Chetail, 2019; Hathaway & Foster, 2014). Esto se ve reforzado, además, por lo establecido en la propia Convención de 1951, que, como hemos señalado previamente, reafirma en los dos primeros párrafos de su preámbulo el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los refugiados (ONU, 1951).

En específico, los autores precitados sostienen que el principio de buena fe exige que esa interpretación a la luz del DIDH movilice a la Convención de 1951 de su momento histórico para leerla de manera tal que pueda seguir siendo aplicada en el contexto social y jurídico actual. Esto es, una interpretación evolutiva, de conformidad con el desarrollo de los estándares de derechos humanos que resulten aplicables. Se trata, en suma, de garantizar el cumplimiento del objeto y fin de la Convención en la realidad contemporánea, mediante el reconocimiento de nuevas situaciones de persecución y de nuevos grupos sociales protegidos por el derecho a la no discriminación (Hathaway & Foster, 2014).

2.2.4. La ampliación de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección internacional mediante el DIDH

A partir de lo señalado en el punto anterior, surge la cuestión sobre si no sólo la definición, sino también los derechos que se desprenden del estatuto de refugiado han sido alcanzados por el proceso de humanización. Una de las respuestas más contundentes a esta pregunta se encuentra en la propia Convención de 1951, que establece en su artículo 5 que “[n]inguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados” (ONU, 1951).

Aunque, como desarrollamos posteriormente, existe más de una postura interpretativa en torno a este artículo y en cuanto al nivel de vinculación entre el DIR y el DIDH; es innegable que el DIDH ha extendido el alcance de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección bajo el estatuto de refugiado. Esto se verifica en, al menos, dos derechos: (i) debido proceso, y (ii) no devolución.

Según explica Nicolosi (2015), el activismo judicial de los órganos de tratados regionales ha desempeñado un rol clave en la ampliación de derechos. En el ámbito europeo, a pesar de la ausencia de un reconocimiento explícito del derecho al asilo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), el Tribunal Europeo (en lo sucesivo, TEDH) lo reconoce como un derecho implícito, en tanto lo entiende como el “derecho a tener derechos” (Nicolosi, 2015, p. 317).

Tomando como marco el artículo 3 del CEDH, el Tribunal reconoce el derecho de los solicitantes de asilo a no ser expulsados ni devueltos mientras dure el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Asimismo, a partir del artículo 13 del mismo Convenio, sostiene que el derecho a acceder a remedios efectivos frente a la vulneración de derechos alcanza a los solicitantes de asilo (Nicolosi, 2015).

En el ámbito interamericano, la Corte IDH también ha desarrollado el contenido de ambos derechos no sólo respecto de las personas refugiadas, sino que ha interpretado que su ámbito de aplicación se extiende a los solicitantes de asilo.

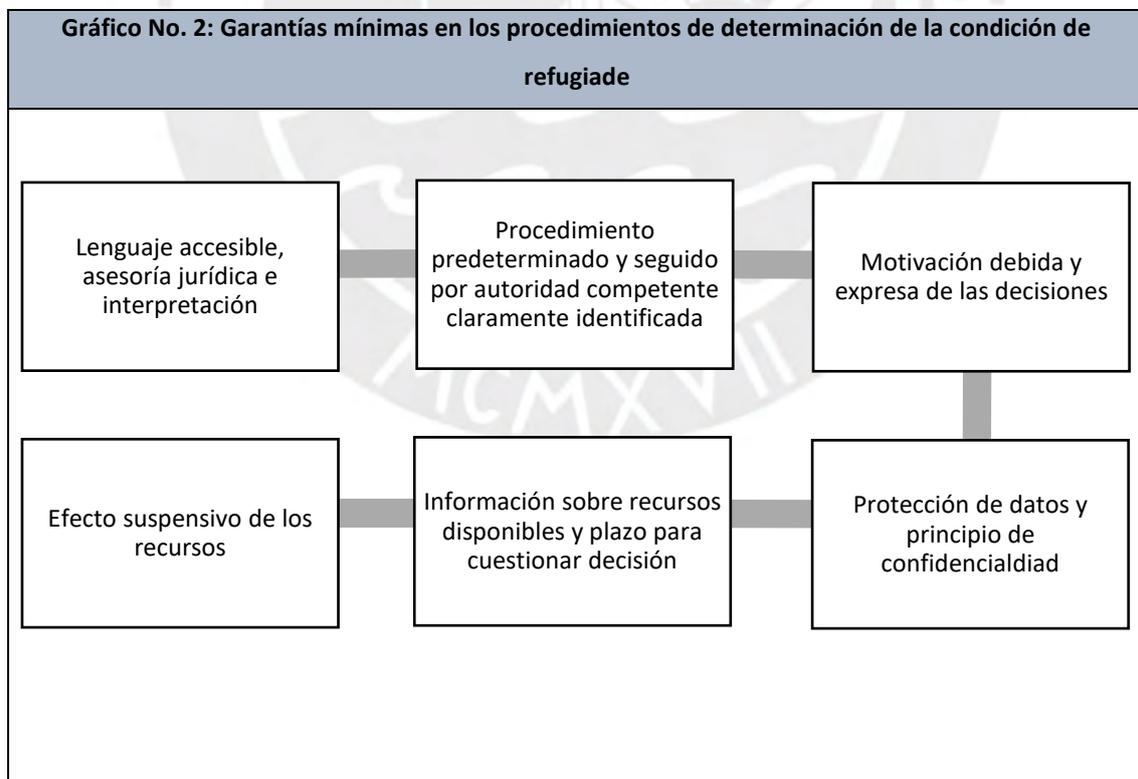
En el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, la Corte (2013) coincide con el criterio de ACNUR según el cual el reconocimiento de la condición de refugiado tiene un carácter declarativo y no constitutivo. Dado que la condición de refugiado se constituye tan pronto como la persona

cumple con los requisitos de la definición, es necesaria la existencia de procedimientos que garanticen que todo aquel que cumpla con tales requisitos reciba protección (Corte IDH, 2013).

Asimismo, la Corte precisa que, además del artículo 33 de la Convención de 1951, el principio de no devolución tiene como una de sus fuentes al artículo 22.8 de la CADH, que establece que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” OEA, 1969).

Mediante una lectura conjunta de este artículo y el 22.7, que reconoce el derecho al asilo, el Tribunal sostiene que garantizar estos derechos a quienes solicitan protección internacional requiere “un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones” (Corte IDH, 2013, para. 153). Por tanto, es fundamental leer los artículos 22.7 y 22.8 junto con los artículos 8 y 25 de la CADH, que reconocen el derecho humano a un debido proceso (Corte IDH, 2013).

A partir de una lectura conjunta de los artículos precitados, y tomando como referencia las pautas interpretativas de ACNUR, la Corte (2013) señala que los Estados se encuentran obligados a garantizar que los procedimientos de determinación de la condición de refugiado cumplan, como mínimo, con los siguientes requisitos:



Fuente: Corte IDH, 2013

(Elaboración propia)

Aunque el desarrollo de las cortes regionales en relación con los derechos al debido proceso y a la no devolución constituyen aportes trascendentales, surge la cuestión sobre qué sucede con los demás derechos humanos reconocidos con posterioridad a la Convención de 1951. Con respecto a aquellos donde la Convención deja vacíos, es claro que, en virtud del artículo 5, corresponde garantizar los que resulten más favorables. Sin embargo, en los casos de colisión entre la titularidad y estándares de tratamiento establecidos entre este último tratado y las posteriores normas del DIDH, ¿qué estándares deberían primar?

Edwards ofrece una respuesta preliminar a esta pregunta, a partir de lo establecido en el artículo 30.3 de la Convención de Viena, sobre tratados sucesivos concernientes a una misma materia: “[c]uando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” (ONU, 1969).

Por tanto, para la autora, las normas del DIDH deberán prevalecer en todos aquellos aspectos que resulten incompatibles con la Convención de 1951; salvo que, por su especialidad, el tratado anterior permanezca como un régimen más favorable (Edwards, 2005). Volvemos sobre este planteamiento en el último apartado de este capítulo.

2.2.5. El principio de no devolución como bisagra entre el DIDH y el DIR: otras formas de protección internacional

El principio de no devolución desempeña un rol central en la garantía de derechos de las personas con necesidad de protección internacional. En el caso Familia Pacheco Tineo, la Corte IDH sostiene que este principio no tiene una única fuente: además de ser reconocido en la Convención de 1951 y la CADH, se trata de un principio de Derecho Internacional consuetudinario que existió incluso antes de su reconocimiento expreso en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Corte IDH, 2013; Vigo Florián, 2019).

Posteriormente, en su Opinión Consultiva 25/18, la Corte (2018) echa luz sobre el reconocimiento de este derecho en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (en adelante, CAT) y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (en lo sucesivo, CIPST).

Cuadro No. 4: Tratados aplicables en el ámbito interamericano que recogen el principio de no devolución			
Convención de 1951	CADH	CAT	CIPST
<p>Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")</p> <p>1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (ONU, 1951).</p>	<p>Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia</p> <p>8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (OEA, 1969).</p>	<p>Artículo 3</p> <p>1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.</p> <p>2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos (ONU, 1984).</p>	<p>Artículo 13</p> <p>(...)</p> <p>No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente (OEA, 1985).</p>

(Elaboración propia)

La Corte (2018) especifica que, en el plano del DIDH, el principio de no devolución tiene un sentido y ámbito de aplicación más amplio que aquel reconocido en la Convención de 1951: en el marco de los tratados de derechos humanos, el principio de no devolución es fuente de protección complementaria para aquellas personas en situación de movilidad que, aun cuando no encajan en las categorías de solicitantes de asilo y refugiadas, no pueden ser expulsadas o extraditadas, porque su vida, libertad o integridad se encuentran bajo amenaza en territorio extranjero .

a. Protección complementaria

Una primera cuestión que corresponde precisar es que, a diferencia del estatuto de refugiado, no existe un régimen jurídico uniforme a nivel internacional que determine el estándar de

calificación y el estatuto de la protección complementaria. Mandal (2005) señala que no existe una definición universalmente aceptada de esta forma de protección internacional.

McAdam sostiene que, en el Derecho Internacional, la protección complementaria “no es un cuerpo jurídico uniforme ni orgánico, sino una clasificación posterior y sintética, una especie de etiqueta moderna que describe una práctica histórica” (2007, p. 23). Asimismo, Goodwin-Gill & McAdam precisan que la práctica de los Estados con respecto a esta forma de protección “se caracteriza por ser altamente variada, con respuestas *ad hoc* a nivel nacional, basada principalmente en la idea de discrecionalidad, antes que tratarse de un cuerpo unificado de Derecho Internacional” (2007, p. 289).

La noción de protección complementaria ha sido construida principalmente desde la doctrina (McAdam, 2007) y puede ser definida como “la obligación de los Estados de brindar protección según los instrumentos jurídicos internacionales y el derecho consuetudinario que son complementarios –o suplementarios– a la Convención de 1951, principalmente en relación con aquellos que recogen el sentido ampliado del derecho a la no devolución” (Goodwin-Gill & McAdam, 2007, p. 285).

Por tanto, “la protección complementaria es un concepto jurídico que debe ser distinguido de aquella protección otorgada exclusivamente sobre la base de motivos compasivos como la edad, la salud, o las conexiones familiares, o por razones prácticas, como la imposibilidad de obtener documentos de viaje” (Goodwin-Gill & McAdam, 2007, p. 286).

En cuanto a la determinación del estatuto de protección, en *sus Conclusiones sobre la Provisión de Protección Internacional mediante Formas Complementarias de Protección*, el Comité Ejecutivo de ACNUR precisa que la protección complementaria “debe ser implementada de manera tal que fortalezca y que no debilite el régimen existente de protección a los refugiados” (2005). De ello se desprende que, para el Comité, es clave que la protección complementaria no sea empleada por los Estados como una estrategia para evadir el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención de 1951.

Asimismo, a pesar de la fragmentación entre las prácticas estatales, el Comité insta a los Estados a garantizar, sin discriminación, que las personas que requieran protección complementaria puedan acceder a ella, con un grado suficiente de estabilidad y certeza jurídicas, de conformidad con las normas de derechos humanos (ACNUR, 2005). Es decir, resulta necesaria la aplicación de estándares de derechos humanos que garanticen un proceso debido en la determinación de quiénes requieren protección.

En cuanto al estatuto de protección, es necesario considerar que no existe en el Derecho Internacional un régimen de derechos específico para les beneficiaries de protección complementaria, como sí sucede con les refugiades (McAdam, 2007). Sobre la base de lo sostenido por el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, McAdam (2007) explica que no existe ninguna base jurídica ni de sentido común para establecer diferencias de tratamiento entre esos dos grupos.

En efecto, aunque las fuentes de protección son distintas, se trata de escenarios donde las personas han perdido la protección de su Estado de origen. En ambos casos, existe una necesidad de protección subrogada que garantice los derechos y libertades fundamentales de sus beneficiaries, sin discriminación (ACNUR, 2005).

Esta postura se corresponde, además, con el origen histórico de la protección complementaria. Durante las primeras crisis de refugiades, los Estados de acogida reconocieron que muchas de las personas desplazadas se encontraban fuera del ámbito de los primeros acuerdos de la Sociedad de Naciones. En respuesta, decidieron extender la protección del estatuto de refugiade, para salvar los vacíos entre las definiciones rígidas y abstractas, y la realidad de las personas desplazadas (McAdam, 2007).

Adicionalmente, es importante considerar la Recomendación E del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, de 1951:

La Conferencia,

Expresa la esperanza de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo, e incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentren en su territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por esta Convención (ONU, 1951).

De ello se desprende que los redactores del proyecto de la Convención de 1951 contemplaron el propósito de que dicho tratado pueda extender su alcance para garantizar los derechos derivados del estatuto de refugiade a personas con nuevas necesidades de protección internacional (McAdam, 2007).

La protección complementaria debe distinguirse de otras dos categorías: la protección subsidiaria y la protección temporal. La protección subsidiaria es un régimen de la Unión

Europea que otorga un estatuto jurídico inferior que aquel reconocido a las personas refugiadas (McAdam, 2007).

Chetail explica que, a diferencia de la Declaración de Cartagena y la Convención de la OUA, en el ámbito europeo no existe un instrumento jurídico que extienda el alcance de la protección del estatuto de refugiado. La Directiva de Calificación de la Unión Europea de 2011 adopta un enfoque minimalista y restrictivo, tanto respecto del estándar de calificación como del estatuto de protección (Chetail, 2019).

En cuanto al estándar de calificación, la Directiva establece en su artículo 2.e que sólo podrán beneficiarias de protección subsidiaria aquellas personas que enfrenten un *riesgo real* –no basta la mera amenaza, como ocurre con las definiciones ampliadas– de sufrir los siguientes daños:

Artículo 15. Daños graves

Constituirán daños graves:

- a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o
- b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o
- c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno (UE, 2011).

En cuanto al estatuto de protección, McAdam (2007) explica que, entre los derechos reconocidos a les beneficiarias de protección subsidiaria, se encuentra la unidad familiar (artículo 23), permisos de residencia (artículo 24), documentos de viaje (artículo 25), acceso al empleo (artículo 26), acceso al bienestar social (artículo 27), atención en salud (artículo 29) y acceso a instalaciones de integración (artículo 33). Este conjunto de derechos y sus estándares de tratamiento son mucho más limitados que los reconocidos a los refugiados.

La protección complementaria es también marcadamente distinta de la protección temporal (ACNUR, 2005). Según Mandal (2005), mientras que la última es entendida como una respuesta de corto plazo frente a una situación de emergencia, que generalmente se verifica en situaciones de flujos de solicitantes de asilo de gran magnitud; la protección complementaria no responde a emergencias ni es de corto plazo. Por el contrario, tiene una vocación de permanencia en el tiempo similar a la del estatuto de refugiado.

b. Protección temporal

En la Mesa Redonda sobre Protección Temporal, organizada por ACNUR y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, los expertos participantes precisaron que la protección

temporal carece de una definición clara a nivel internacional (ACNUR, 2013). Se trata de una categoría amplia que abarca diversos significados dependiendo del contexto y del país (Edwards, 2012).

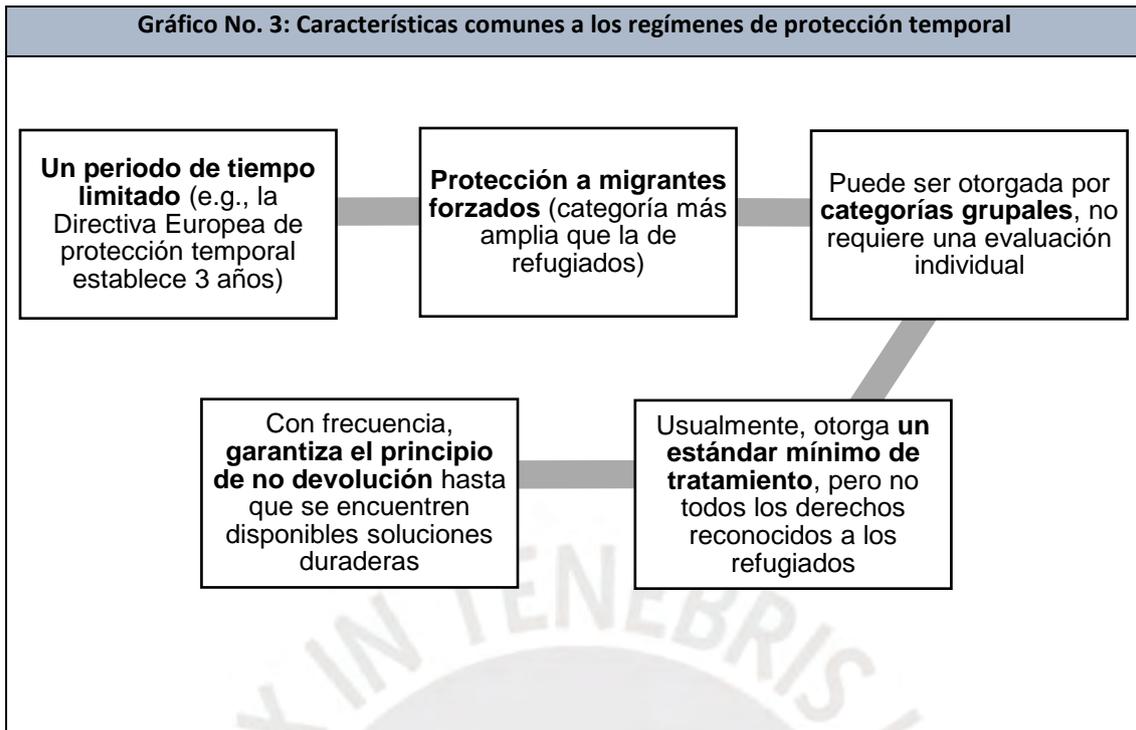
Ineli-Ciger y Skordas señalan que, en un sentido amplio, la protección temporal puede ser definida como

Una herramienta flexible de protección internacional, que ofrece santuario por un periodo de tiempo limitado a personas que huyen de crisis humanitarias (...) A diferencia del término 'refugio temporal', que dejó de emplearse en los años 90's, se prefirió 'protección temporal' como un término comprehensivo que abarca no sólo la admisión y la no devolución en el territorio de acogida, sino además el acceso a estándares mínimos de tratamiento" (2019, para. 1, 3).

Esta forma de protección es usualmente entendida como una respuesta de emergencia frente a flujos masivos de solicitantes de refugio cuando la capacidad de respuesta de los Estados de acogida se ve superada (ACNUR, 2013). Sin embargo, no todos los regímenes de protección internacional responden necesariamente a esas situaciones. En ocasiones, la protección temporal se refiere a estatutos de protección otorgados por los países de acogida por razones humanitarias (Ineli-Ciger & Skordas, 2019).

Como sucede con la protección complementaria, la base para la existencia de los regímenes de protección temporal es brindar protección frente a la devolución y garantizar un tratamiento mínimo de conformidad con las normas de derechos humanos (ACNUR, 2013). No obstante, Fitzpatrick precisa que, en la práctica, no todas las formas de protección incluyen un derecho de admisión. Es decir, no todos los Estados observan el estándar de no devolución que prohíbe el rechazo en frontera. Eso sucede, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Protección Temporal (TPS) estadounidense (Fitzpatrick, 2000).

Ineli-Ciger (2016b) explica que, pese a la indeterminación de la categoría, es posible encontrar algunos elementos comunes a la protección temporal:



Fuente: Ineli-Ciger, 2016b

(Elaboración propia)

La protección temporal debe ser distinguida del procedimiento de refugio *prima facie*. Este último también se verifica sobre la base de categorías grupales, pero no se trata de un régimen complementario, subsidiario o de naturaleza temporal respecto del estatuto de refugiado (Edwards, 2012)

Por el contrario, el procedimiento *prima facie* reconoce el estatuto de refugiado en todas sus dimensiones. Su particularidad radica en que no se trata de una evaluación individualizada conforme a la definición clásica, sino que se realiza “sobre la base de circunstancias objetivas y aparentes en el país de origen que causan el éxodo” (Rutinwa, 2002, p. 1). En tal sentido, esta forma de reconocimiento es usualmente empleada respecto de las definiciones ampliadas recogidas en la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena (Edwards, 2012).

La protección temporal suele verificarse en contextos complejos de migración forzada, que incluyen a personas refugiadas y con otras necesidades de protección internacional (Ineli-Ciger & Skordas, 2019). Por tanto, es necesario que el régimen de protección temporal sea diseñado e implementado de manera tal que permita a sus beneficiarios acceder al estatuto de refugiado y a cualquier otro estatuto de protección que resulte necesario una vez que su marco temporal haya expirado (Ineli-Ciger, 2016b).

Con respecto a los estatutos de protección, los expertos de la Mesa Redonda sobre Protección Temporal precisaron que “la protección temporal no debe menoscabar las obligaciones

internacionales existentes o los sistemas de protección regional que ya abordan los movimientos fronterizos modernos” (ACNUR, 2013, para. 7). Eso es, la protección temporal no debe ser empleada como un mecanismo para evitar reconocer el estatuto de refugiado y otorgar protección complementaria a las personas que califiquen dentro de esas categorías.

En cuanto al estándar de tratamiento, tampoco existe uniformidad en la práctica estatal. En algunos casos, les beneficiarias de protección temporal reciben un trato similar que el que se reconoce a les refugiadas, mientras que, en otros, los Estados privilegian la autopreservación, mediante la restricción significativa del acceso a derechos (Fitzpatrick, 2000,).

Según explica Ineli-Ciger (2016a), los Estados que otorgan protección temporal deben garantizar como mínimo, un tratamiento básico que no prive a sus beneficiarias de sus derechos universales y libertades fundamentales. Se trata de estándares que, cuando mínimo, permitan a les beneficiarias mantener un nivel de vida digno: alimentación, un lugar donde vivir, acceso a servicios de salud de emergencia y acceso a medios de vida (Ineli-Ciger, 2016a).

Asimismo, dado que dentro de los movimientos de flujos masivos se encuentran personas refugiadas –aunque a priori no pueda distinguirse claramente quiénes lo son– corresponde, como mínimo, garantizarles los derechos que la Convención de 1951 reconoce a las personas con presencia física en el Estado de acogida: no discriminación (artículo 3), libertad religiosa (artículo 4), educación pública (artículo 22), documentos de identidad (artículo 27), prohibición de no sanción por entrada o presencia ilegal (artículo 31) y no devolución (artículo 33) (Ineli-Ciger, 2016a, p. 302).

2.3. Teorías sobre el nivel de vinculación entre el DIR y el DIDH: complementariedad vs. absorción

A partir del análisis de las distintas formas de vinculación entre el DIR y el DIDH, surge una pregunta clave: si el DIDH cristaliza al asilo como derecho humano, reconoce un ámbito de derechos más amplio que el DIR y contempla formas complementarias que extienden la protección del estatuto de refugiado a categorías de personas no contempladas en la Convención de 1951, ¿es posible sostener que el DIR ha perdido vigencia y ha sido absorbido por el DIDH?

En doctrina, no existe una única respuesta. Quienes se aproximan a la cuestión de les refugiadas desde el DIR reconocen su estrecha vinculación con el DIDH, pero precisan que el segundo no ha llegado a absorber al primero. Para tales autores, ambas ramas del Derecho Internacional son complementarias.

Según la tesis de la complementariedad, la Convención de 1951 es *lex specialis* respecto de los tratados de derechos humanos; dado que, si bien aquella constituye una fuente de derechos para las personas refugiadas y las beneficiarias de protección complementaria, se trata de un régimen particular (McAdam, 2007). Esta postura parte de reconocer que el DIR es un régimen de excepción, que gatilla una forma de protección subrogada cuando la protección del Estado que en principio es titular de la misma no se encuentra disponible (Hathaway, 1991).

Al respecto, Hathaway enfatiza en el origen histórico del DIR. Para el autor, es central no perder de vista que, a diferencia del DIDH, pensado como un régimen general de protección; el DIR “tiene como propósito desarrollar una función estrictamente remedial o paliativa y, en consecuencia, tiene su propia base de legitimidad” (1991, p. 117).

Asimismo, McAdam argumenta que el DIDH, por sí solo, resulta insuficiente para garantizar los derechos de las personas con necesidad de protección internacional:

Aunque los instrumentos universales de derechos humanos garantizan un conjunto de derechos comprehensivo para todas las personas bajo jurisdicción del Estado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuerte en principio, pero débil en la práctica (...) Existe un vacío entre la teoría de los derechos humanos y la habilidad de gozar esos derechos (2007, p. 202).

Citando a Khiddu-Makubuya y a Hathaway, la autora precisa que el DIR centra la atención en “las necesidades e intereses específicos de los refugiados” (McAdam, 2007, p. 203). Así, para los partidarios de la complementariedad, el DIR aún conserva algunos ámbitos específicos de protección, sobre todo respecto de aquellos Estados que no han ratificado tratados de DIDH (2007, p. 203).

Según estos autores, la cuestión clave es defender la plena vigencia de la Convención de 1951, y, al mismo tiempo, reconocer que el DIDH establece estándares más altos respecto de varios de los derechos que aquella recoge, además de establecer nuevos derechos no contemplados en la Convención de 1951 que resultan plenamente aplicables a les refugiades (McAdam, 2007).

En contraste, quienes se aproximan al DIR desde el DIDH, sostienen que el último ha evolucionado a tal punto que ha dejado obsoleto al primero. Uno de los principales exponentes de esta teoría es Vincent Chetail. Para el autor, los argumentos referidos a la eficacia práctica del DIDH para brindar protección a les refugiades debe ser cuestionada, dado que exactamente los mismos argumentos son con frecuencia empleados respecto del propio DIR. Se ha dicho de la Convención de 1951 que “es redundante, funcionalmente ineficiente, excesivamente legalista, complicada y difícil de aplicar” (Chetail, 2014, p. 21).

De hecho, una crítica que podría ser aún más contundente frente a esos argumentos es la distinción clave entre el plano de existencia las normas jurídicas y el plano de su cumplimiento: que una norma no se cumpla no significa que no exista o que haya perdido vigencia. Así, que el DIDH sea usualmente incumplido respecto de las personas con necesidad de protección internacional no resulta un cuestionamiento válido respecto de su ámbito de aplicación subjetiva.

En cuanto a la naturaleza del DIR como *lex specialis*, Chetail sostiene que “en comparación con el DIDH, el DIR tiene mucho más que recibir que dar” (2014, p. 70). Esto se desprende no sólo de entender que el artículo 5 de la Convención establece expresamente que debe garantizarse el régimen de protección que resulte más favorable –para el autor, el DIDH lo es en todos los casos–, sino porque, de no ser por el desarrollo evolutivo traído por el DIDH, el DIR continuaría estancado en el tiempo, incapaz de seguir siendo aplicable a todos los supuestos del contexto actual (Chetail, 2014).

Chetail explica que el DIDH desempeña un rol tan fundamental en el proceso de llenar los vacíos de la Convención de 1951, que ambas ramas del Derecho Internacional se han vuelto indisolubles, al punto que el DIR ha sido absorbido por el DIDH:

La **fuerza gravitacional del DIDH** ha atraído a la Convención de Ginebra a su órbita y la anclado como un satélite en la constelación de otros tratados de derechos humanos aplicables. Como resultado de esta **fuerza centrípeta**, la concepción de la Convención como un todo ha sido revisitada y reformulada a través del lente de los derechos humanos (Chetail, 2014, p. 70) [traducción propia, énfasis agregado].

Como Hathaway, el autor reconoce el rol paliativo o remedial del DIR, pero precisa que desempeña esa función dentro de la órbita de los derechos humanos. Tomando lo señalado por Hannah Arendt –el asilo como el derecho a tener derechos–, sostiene que la razón de ser del DIR es “asegurar un fuerte efectivo de protección de derechos humanos a las víctimas de abusos que no tienen otra opción que dejar sus países y solicitar la protección subrogada de otro Estado” (2014, p. 71).

Al respecto, aunque reconoce el anclaje del DIR en el principio de soberanía, precisa que la noción de universalidad de los derechos obliga a los Estados a proteger los derechos de las personas bajo su jurisdicción de manera generalizada, sin importar su nacionalidad. Así, aunque acepta que existen algunas distinciones entre nacionales y extranjeros admitidas por el DIDH, para Chetail, estas son de tan escasa entidad, que no justifican la separación de ambas ramas del Derecho Internacional (2014, p. 71).

Eso es especialmente relevante si consideramos que; a diferencia del Derecho Internacional de Migraciones, cuyo ámbito de aplicación subjetiva tradicionalmente se entiende como correspondiente a quienes se desplazan voluntariamente sin haber perdido protección de su Estado de origen; en el caso del DIR, la protección brindada a les refugiades es una equivalente –aunque no idéntica, en tanto no dejade ser subrogada– a aquella otorgada en virtud del vínculo de nacionalidad (Chetail, 2019; Hathaway, 2005).

Aunque este es un debate no zanjado en la academia; a nivel jurisprudencial, resulta clave dirigir la atención a lo señalado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 25/18. La Corte (2018) parte de reconocer ese propósito común de protección entre ambas ramas del al que se refiere Chetail y propone pensarlas desde una perspectiva integradora. No obstante, al mismo tiempo, resalta la especialidad del DIR.

Para el Tribunal, “la importancia central de ambos tratados [la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967] radica en que son los primeros instrumentos de rango mundial que regulan específicamente el trato debido a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen” (2018, para. 95). Si vinculamos esta idea con lo señalado por Mandal en relación con la ausencia de un estándar de calificación específico que se desprenda del DIDH (2005), tenemos que el DIR conserva un aspecto vital que el DIDH no le puede proporcionar: ofrecer lineamientos generales para entender quién es refugiade y, en consecuencia, ha de recibir protección internacional.

Es cierto que el DIDH nutre y amplía de manera considerable cómo entender esos requisitos, pero sin el DIR, existiría un limbo jurídico internacional sumamente riesgoso para quienes califican como refugiades; tal como sucede en la actualidad con les beneficiaries de la protección complementaria y temporal. Por tanto, aunque se trata de una rama del Derecho Internacional bastante imperfecta, es innegable que el DIR es el punto de partida desde el que se ha construido todo el andamiaje de protección a les refugiades.

En ese sentido, aunque pueda parecer paradójico, un régimen que nació para privilegiar la soberanía estatal es precisamente lo que hace posible que esa misma soberanía sea erosionada mediante estándares de derechos humanos que van llenando sus vacíos y resolviendo sus contradicciones.

Sostener que el DIR tiene un carácter propio que no implica en ningún sentido desconocer el rol vital del DIDH en su proceso evolutivo. Tal como precisa la Corte, los estándares de derechos humanos vigentes hoy obligan a los Estados a “**entender la protección internacional desde una perspectiva de derechos humanos**” (2018, para. 42). Así, aunque ambas ramas sean

complementarias, el DIR no puede ser empleado como justificación para vulnerar los estándares de DIDH. Al contrario, los Estados se encuentran obligados a incorporarlos en el tratamiento que otorgan a les refugiades.



CAPÍTULO II: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS LGBTQIA+ EN EL PROCEDIMIENTO DE REFUGIO

En el capítulo anterior, nos referimos al contexto histórico en que se configuró el modelo arquetípico de refugiado; y de qué maneras generales el DIDH, con su desarrollo evolutivo, ha ido llenando sus vacíos y resolviendo sus contradicciones. En este segundo capítulo, identificamos maneras específicas en que perspectivas restrictivas y anacrónicas del DIR resultan incompatibles con los actuales estándares de derechos humanos. Puntualmente, analizamos cómo la relación de complementariedad entre el DIDH y el DIR permite identificar, prevenir y remediar vulneraciones de derechos humanos generadas en el marco de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, respecto de un grupo en particular: las personas LGBTQIA+ –lesbianas, gays, bisexuales, trans, queer, intersex, asexuales y otros.

En un primer apartado, nos referimos a los principales desarrollos del DIDH en materia de reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género (OSIG) como categorías protegidas. Al respecto, reconocemos las formas en que esta rama del Derecho es nutrida por teorías queer para ir resolviendo sus propios vacíos y contradicciones en relación con este colectivo. Posteriormente, nos detenemos en el análisis de las principales vulneraciones de derechos humanos a las que estas personas se enfrentan en los procedimientos de refugio. Para tal fin, analizamos las formas en que los estándares de DIDH han sido aplicados en los sistemas universal y europeo para dar respuesta a algunas de esas vulneraciones.

Como precisamos en el capítulo anterior, ni la Convención de 1951 ni su Protocolo establecen un órgano de tratados específico para vigilar su cumplimiento, sino que permiten a los Estados un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación. Por tanto, construimos este capítulo sobre las críticas realizadas por la doctrina y la sociedad civil en las principales zonas del mundo donde la situación de los refugiados LGBTQIA+ ha sido abordada –Canadá, Estados Unidos, Australia, Reino Unido y los Estados de la Unión Europea. Asimismo, nos apoyamos en las decisiones de los órganos de tratados del sistema universal de derechos humanos, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los criterios orientadores de ACNUR sobre la materia.

1. La orientación sexual y la identidad de género en el DIDH

1.1. Cuestiones previas

1.1.1. Derecho, poder y cisheteronormatividad

Según explica Judith Butler (2007), en el mundo existe una matriz cultural que impone sobre los sujetos una heterosexualidad obligatoria. Al centro de esta matriz cisheterosexual se encuentra la noción según la cual únicamente existen dos sexos biológicos –hombre y mujer– que son *naturalmente* complementarios. A partir de esa idea, son impuestos roles de género estrictos y marcadamente diferenciados que deben ser *performados* –esto es, cumplidos, desempeñados– por las personas según sexo asignado al nacer (Butler, 2007).

Así, este sistema construye desde fuera moldes identitarios en los que los sujetos *deben encajar*. Un aspecto clave de esta exigencia es la imposición de “una relación causal entre sexo, género y deseo” (Butler, 2007, p. 73). Esto es, los hombres deben comportarse bajo los estándares culturales de masculinidad y sentir el deseo de vincularse sexoafectivamente con mujeres, y las mujeres deben comportarse femeninamente y sentir el deseo de vincularse sexoafectivamente con hombres.

A esa manera de ordenar la realidad se le denomina cisheteronormatividad⁷: el conjunto de normas y prácticas sociales basadas en imaginarios y discursos que entienden como *naturales* sólo a aquellas orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género que se corresponden con parámetros binarios y heterosexuales (Carrera-Fernández et al., 2021). Bajo los esquemas cisheteronormativos, no existen más posibilidades: los cuerpos y conductas queer, esto es, aquellos que resultan incongruentes respecto de ese continuo entre sexo, género y deseo, son “vistos como falsos, irreales e ininteligibles” (Butler, 2007, p. 28).

Esta forma de entender y normar esas categorías no es natural ni neutral. En realidad, como explica Butler, “la categoría de sexo y la institución naturalizada de la heterosexualidad son constructos (...) socialmente instaurados y socialmente reglamentados” (2007, p. 221). La cisheteronormatividad es el resultado de “una formación específica del poder” (Butler, 2007, p. 28) que defiende la existencia de identidades, morfologías, comportamientos sexuales

⁷ “El prefijo del latín ‘cis-’ significa ‘en el mismo lado’ y se refiere a las personas cuya identidad o expresión de género se alinea con el sexo que se les asignó al nacer; de manera opuesta, el prefijo ‘trans’, que significa ‘enfrente de’, se refiere a personas cuyas identidades o expresiones de género no se alinean con el sexo que se les asignó al nacer” (Carrera-Fernández et al., 2021, p. 2).

biológicamente verdaderos; frente a otros que, por no corresponder con esos parámetros, son reprimidos, violentados y excluidos (Butler, 2007).

Recuperando ideas de Foucault y Nietzsche, la autora plantea que esa matriz cisheterosexual es sostenida por prácticas e instituciones validadas por el Derecho. Así, el Derecho no meramente reconoce el espectro diverso de lo que las personas *son* en términos de cómo entienden y experimentan las categorías de sexo, género y deseo; sino que norma quiénes pueden ser consideradas *personas válidas* –y, en consecuencia, dignas de protección jurídica– a partir de la noción de que existe un “sujeto [natural] anterior a la ley” (Butler, 2007, p. 45) que se corresponde con patrones de cisheteronormativos. El sistema jurídico legitima entonces una “violencia de la exclusión” que castiga, incluso con la muerte, a estos sujetos considerados no humanos (Butler, 2007, p. 23).

No obstante, el Derecho puede ser empleado también para reivindicar los derechos de grupos históricamente excluidos. Al respecto, Butler (2007) cuestiona si lo adecuado es renunciar a las posibilidades ofrecidas por este sistema para el reconocimiento de las personas queer como sujetos de protección jurídica. Siguiendo la postura de la autora, así como la de Gonzalez-Salzburg (2019), consideramos que no se trata de romper con el Derecho y las políticas de representación, sino de asumir posturas críticas respecto de cómo estos funcionan; a la vez que construimos formas no cisheteronormadas de trabajar con ellos para alcanzar esquemas de mayor protección. Precisamente, este trabajo representa un esfuerzo por cuestionar normas y prácticas excluyentes sin desconocer que el Derecho deja espacios y posibilidades para su propia transformación.

1.1.2. De la patologización al reconocimiento

Conforme hemos explicado, la cisheteronormatividad es alimentada por estructuras de poder que le otorgan validación. El Derecho es una de ellas, pero no es la única. Tradicionalmente, disciplinas como la Medicina y la Psicología han sostenido discursos y prácticas que estandarizan la cisheteronormatividad y patologizan las identidades, conductas y expresiones que se apartan de ella (Drescher, 2015; Castro-Peraza et al., 2019). Así, patologización y criminalización han sido dos herramientas poderosas para excluir a las personas LGBTQIA+.

El reconocimiento de las OSIG como categorías protegidas por el Derecho no se ha dado de manera aislada, sino que ha sido acompañada por un proceso de despatologización de las orientaciones sexuales y las identidades de género no cisheteronormativas (Drescher, 2015; Lengua Parra, 2019). Esto sucedió primero en 1973 y 1990, mediante la eliminación de la homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM) de la

Asociación Americana de Psicología (APA) y de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (ICD) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Drescher, 2015; Castro-Peraza et al. 2019). Posteriormente, se verificó una despatologización paulatina de las identidades trans que culminó en su eliminación del DSM y la ICD, en 2013 y 2018 respectivamente (Castro-Peraza et al. 2019).

Así, dentro de la Medicina y la Psicología, y con el impulso de las teorías queer y el activismo de las organizaciones de la sociedad civil LGBTQIA+, se dio un cambio de paradigma desde un modelo médico a uno de reconocimiento (Drescher, 2015; Lengua Parra, 2019). Según explica Lengua Parra, a partir de este último modelo, estas identidades dejan de entenderse como un enfermedades o trastornos que es necesario *curar*, para simplemente aceptarlas como lo que realmente son: “parte de la diversidad propia de los seres humanos” (2019, p. 211).

1.1.3. Construir definiciones: diálogos entre el DIDH y las teorías queer

Ahora bien, en relación con su reconocimiento en el ámbito del Derecho Internacional, una primera cuestión es que no existe un tratado de derechos humanos específico en materia de OSIG (Gallagher, 2020; Simm, 2019; Braun, 2014). Uno de los documentos jurídicos más aceptados y difundidos que definen estas categorías son Principios de Yogyakarta (Panel de Especialistas en OSIG, 2007; Park, 2019).

Aunque estos principios tienen una naturaleza no vinculante, su valor jurídico radica en encontrarse sólidamente sustentados en los estándares de DIDH existentes al momento al momento de su formulación (Park, 2019; Holzer, 2020). Se trata de principios que tienen un carácter “no aspiracional” (Park, 2019, p. 240), es decir, no pretenden crear nuevos derechos y obligaciones; sino que, sobre la base de principios generales como la universalidad de los derechos y la no discriminación, plantean cómo esas obligaciones ya existentes deben cumplirse respecto de las personas LGBTQIA+ (O’Flaherty y Fisher, 2008).

Asimismo, Park (2019) resalta que estos principios tienen como uno de sus puntos clave la referencia a la orientación sexual y la identidad de género antes que a denominaciones identitarias como “LGBTQIA+”. Este paso “de una descripción de grupos poblacionales a una descripción de características” (Park, 2019, p. 242) responde al énfasis de los principios en el alcance universal de los derechos humanos; sin que eso implique necesariamente perder de vista que lo que inspiró su elaboración fue la situación de particular violencia y exclusión que las personas LGBTQIA+ soportan (Park, 2019). Además, la preferencia por estas categorías haría posible abarcar el amplísimo espectro identitario que se desprende de aquellas (Dreyfus, 2012).

En segundo lugar, las OSIG son dimensiones de la vida humana, y, en consecuencia, preceden a y existen por fuera del Derecho (Dreyfus, 2012). Esto es, los sistemas jurídicos ni las crean ni agotan su entendimiento. De hecho, el DIDH, aun cuando se ha ido permeando a las teorías queer, mantiene una comprensión limitada e imperfecta de estas (Waites, 2009; Dreyfus, 2012; Park, 2019). Así, por ejemplo, Waites (2009) critica que la incorporación de las OSIG en el plano de los derechos humanos aún preserva patrones que “privilegian comportamientos sexuales, identidades y deseos definidos exclusivamente en relación con un modelo binario de género” (p. 138). Bajo esos patrones quedan excluidas; por ejemplo, las personas que no se identifican con el género masculino ni femenino o que se identifican con ambos, las personas que no sienten interés sexoafectivo por otras y las personas que comparten características sexuales tanto de quienes son biológicamente definidos como hombres, como de quienes son biológicamente definidas como mujeres.

Por otro lado, Dreyfus (2012), recuperando ideas de Butler, sostiene que, si bien el reconocimiento jurídico de estas categorías y las nomenclaturas específicas que se desprenden de ellas es habilitante, en tanto hace posible la aplicación del DIDH respecto de ellas; al mismo tiempo, subyuga la autoidentificación de los sujetos a las definiciones impuestas por el Derecho. Así, al definir las jurídicamente, se corre el riesgo de “privilegiar concepciones identitarias claras, coherentes y unitarias” (Waites, 2009, p. 147), a través de las cuales se impone a las personas qué es lo que estos términos *son* para ellas, “antes que permitirles responder a esa pregunta por sí mismas” (Dreyfus, 2012).

Cabe precisar que, en 2017, fueron publicados los Principios de Yogyakarta Más 10, los cuales complementan los principios originales para recoger avances sustantivos en el ámbito internacional, tales como el reconocimiento de la expresión de género y las características sexuales como categorías jurídicamente protegidas (Segundo Panel de Especialistas en OSIGEGCS, 2017).

Sin embargo, respecto de estos principios persisten algunas críticas, como aquellas dirigidas a la definición de orientación sexual. Expresiones como “una **profunda atracción** emocional, afectiva y sexual” (Segundo Panel de Especialistas en OSIGEGCS, 2017) [énfasis agregado] resultan problemáticas porque privilegian modelos de conductas sexoafectivas, que como ya advertía Waites (2009), son cercanas a la cisheteronormatividad. Tales modelos exigen la existencia de vínculos humanos íntimos y duraderos, y excluyen otros, como las interacciones más casuales y los comportamientos menos relacionales (Park, 2019).

Ahora bien, en tercer lugar; como estas mismas críticas reconocen, no podemos perder de vista que los criterios comunes que se van articulando desde el DIDH para identificar estas categorías hacen posible la aplicación de sus normas respecto de las personas LGBTQIA+ (Dreyfus, 2012; Park, 2019). Al respecto, Dreyfus (2012) sostiene que los derechos humanos continúan siendo un instrumento poderoso para cuestionar la violencia y la exclusión contra estas personas y que destruir lo que han ido avanzando respecto de ellas resultaría contraproducente, precisamente, para el grupo cuya autonomía estas críticas pretenden reivindicar.

Tal como precisamos en el apartado anterior, dado que este trabajo no pretende quebrar el Derecho, sino trabajar con él; seguiremos definiciones que incorporan, hasta donde sus límites han hecho posible, las críticas queer a las que nos hemos referido líneas arriba. Al respecto, consideramos centrales las definiciones propuestas por la Corte IDH (2017) en su Opinión Consultiva OC-24/17.

Al construirlas, la Corte (2017) resalta la inexistencia de definiciones definitivas de las OSIG en el Derecho Internacional y apunta que, de ellas, se desprende un mundo conceptual que se encuentra en constante evolución, y cuyas descripciones requieren revisión permanente para corresponderse con la realidad que pretenden abarcar. Seguimos las definiciones propuestas en la referida opinión no sólo por esas razones, sino además porque entretengan criterios de distintas fuentes internacionales con una mirada de “amplitud y provisionalidad” (Corte IDH, 2017, párr. 31):

Cuadro No. 5: Definiciones sobre OSIG propuestas en la OC-17/24	
Orientación sexual	“[A]tracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas (...) la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto”.
Identidad de género	“[V]ivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Fuente: Corte IDH, 2017, párr. 32

(Elaboración propia)

Aunque en este trabajo nos referimos principalmente a estas dos categorías, consideramos importante precisar que existen otras dos que han empezado a ser reconocidas por el Derecho Internacional: la expresión de género y las características sexuales. La primera es definida como la “manifestación externa del género de una persona”, que “puede o no corresponder con su identidad de género autopercebida” (Corte IDH, 2017, párr. 32). La segunda es entendida como “los rasgos físicos de cada persona en relación con su sexo, incluyendo sus órganos genitales y otra anatomía sexual y reproductiva” (Segundo Panel de Especialistas en OSIGEGCS, 2017). A través del reconocimiento de esta última categoría, se visibiliza la necesidad de garantizar los derechos humanos de las personas intersex (Park, 2019; Carpenter, 2021).

Una cuestión clave precisada por la Corte IDH es que estas categorías crean “espacio para la auto-identificación” (2017, párr. 32). En atención a ello, respecto de las definiciones asociadas a las siglas LGBTQIA+, preferimos referirnos, sin pretensión de exhaustividad, a las definiciones construidas por la propia comunidad queer. Cabe precisar que, aunque varios de estos términos han sido tradicionalmente empleados como ofensas, han sido reivindicados por los propios miembros de esa comunidad (Holleb, 2019), y es en ese último sentido que nos referimos a ellos:

Cuadro No. 6: Definiciones vinculadas a las siglas LGBTQIA+	
Lesbiana	Persona que se identifica con el género femenino o con elementos de la feminidad atraída romántica y/o sexualmente a otras personas que comparten esas mismas características.
Gay	Tradicionalmente empleado para designar a personas que se identifican con el género masculino o con elementos de la masculinidad que sienten atracción romántica y/o sexual por otras personas que comparten esas mismas características. Es también un término <i>paraguas</i> empleado por otros grupos dentro de la comunidad LGBTQIA+.
Bisexual	Persona atraída romántica y/o sexualmente a más de un género, a dos o más géneros, a su mismo género y a otros, o a otras personas sin importar su género. Esta última definición también suele ser empleada en referencia a las personas pansexuales.
Trans	Persona que no se identifica con el sexo o el género que le fue asignado al nacer. Es también un término <i>paraguas</i> que puede incluir a hombres y mujeres trans, a personas de género no binario, de género fluido, personas agénero, entre otras.
Intersexual	Persona nacida con una combinación de características sexuales típicamente asociadas exclusivamente a un solo sexo.
Asexual, aromántique	Persona que no experimenta atracción sexual o romántica hacia otras en absoluto o en una intensidad menor respecto de los parámetros de la cisheteronormatividad.

Queer	Término <i>paraguas</i> que hace referencia a todas aquellas personas que no se identifican con los estándares de la cisheteronormatividad.
--------------	---

Fuente: Holleb, 2019

(Elaboración propia)

Dada la complejidad terminológica de la que hemos dado cuenta, en el presente trabajo empleamos tanto las siglas OSIG como LGBTQIA+. Si bien reconocemos la preferencia en el DIDH por referirse a orientación sexual y la identidad de género como estrategia para resaltar que se trata de elementos comunes a todos los seres humanos; nos adherimos a la postura de autores como Danisi et al. (2021) y Raj (2017), que hacen énfasis en la necesidad de colocar un rostro humano las experiencias de las personas LGBTQIA+. Aunque han sido construidas desde una mirada occidental (Kareff, 2021), al mismo tiempo, consideramos que las etiquetas identitarias específicas reivindicadas por quienes se reconocen parte de este colectivo nos permiten aproximarnos a ellos reconociendo su diversidad y sus diferencias internas, a la vez que nos despojamos de miradas uniformes y monolíticas de sus experiencias de vida.

1.2. Los principios de universalidad y no discriminación como punto de partida

Como explicamos en el capítulo previo, el proceso de humanización del Derecho Internacional tuvo como uno de sus hitos la aprobación de la DUDH y la sucesiva celebración de una serie de tratados en materia de derechos humanos. Según explica Shelton (2008), dos principios fundantes y transversales a ese andamiaje jurídico son la universalidad, y la igualdad y no discriminación. El primero reconoce que todos los seres humanos, aun cuando inmensamente diversos, compartimos características intrínsecas, *que nos hacen iguales*, y, en consecuencia, somos merecedores de un régimen común de protección jurídica. El segundo reconoce que, pese a esa noción de universalidad, las sociedades se organizan jerárquicamente sobre la base de las diferencias entre las personas, de manera tal que sólo algunos seres humanos ejercen y gozan de esos derechos.

Partiendo de ese reconocimiento, los tratados de derechos humanos establecen –con algunos matices terminológicos– las obligaciones generales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos *sin discriminación*, además de incluir cláusulas específicas en materia de igualdad y no discriminación (Corte IDH, 2003; Bregaglio, 2015). Es en atención a ello que se sostiene que la no discriminación es tanto un principio que ha de informar el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por los Estados parte de dichos tratados; como un derecho subjetivo atribuible a y exigible por los individuos protegidos por tales instrumentos (Comité de DDHH, 1989; Shelton, 2008).

En su Opinión Consultiva No. OC-18/03, la Corte IDH ha reconocido la naturaleza de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico” (Corte IDH, 2003, párr. 100). De ello se desprende que es “aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares” (Corte IDH, 2003, párr. 100).

Ahora bien, cabe precisar que, si bien la igualdad y la no discriminación comparten varios elementos comunes, no son equivalentes entre sí. La igualdad es tradicionalmente definida como el derecho de quienes son iguales o se encuentran en una situación de igualdad a ser tratados de manera igualitaria, y el derecho de quienes son diferentes o se hallan en una posición diferente a ser tratados de forma diferenciada (Esparza Reyes, 2018). Así, antes que exigir que todas las personas sean tratadas de la misma manera siempre, lo que la igualdad prohíbe es una diferenciación arbitraria o injustificada que, además, para que sea jurídicamente relevante, deberá tener por objeto o efecto la restricción o privación de un derecho (Bregaglio, 2015).

De la misma manera, la no discriminación también proscribe las diferencias arbitrarias o injustificadas que, como fin o resultado, restringen o privan de derechos. No obstante, se distingue de la igualdad en tanto exige un elemento adicional: el trato diferenciado debe realizarse respecto de un motivo prohibido (Bregaglio, 2015).

Según Uprimny y Sánchez Duque, los motivos prohibidos de discriminación comparten las siguientes características: (i) “tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual”; (ii) “están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación”; (iii) “identifican a grupos con escaso poder político”; y (iv) “no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad” (2014, p. 601).

El foco de los autores en las características identitarias de las personas como criterio definidor puede responder a que su análisis se ancla principalmente en derechos civiles y políticos (Comité de DDHH, 1989). No obstante, estos rasgos no agotan los motivos prohibidos de discriminación. Según sostiene el Comité de DESC (2009) en su Observación General No. 20, estos motivos también comprenden las situaciones o condiciones que, sin ser inherentes a la identidad de las personas, las colocan en una posición de subordinación. El Comité identifica como algunos de

estos motivos el estatus socioeconómico, la situación de (dis)capacidad, el estado de salud y el lugar de residencia.

En suma, como explica Bregaglio (2015), la no discriminación busca proteger a aquellos grupos históricamente han sido excluidos del reconocimiento y garantía de derechos, frente a la opresión y la violencia de grupos que se encuentran en posiciones privilegiadas.

Cabe precisar que estos grupos no son enumerados de manera cerrada por las cláusulas de no discriminación, sino, por el contrario, se trata de listas abiertas que dejan espacio para incluir grupos cuya necesidad de protección se va visibilizando con posterioridad a la adopción de los tratados (Uprimny y Sánchez, 2014).

En el siguiente apartado, explicamos cómo los principios de universalidad y no discriminación han sido aplicados para la garantía de derechos de un grupo originalmente no contemplado explícitamente en los tratados de derechos humanos⁸: las personas LGBTQIA+.

1.3. El reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas en la jurisprudencia internacional

Como explica Peribáñez Blasco, cuando nos referimos a los derechos humanos de las personas LGBTQIA+, no nos referimos a “derechos nuevos ni especiales, son los derechos consagrados desde hace 70 años por el derecho internacional, pero que en ciertas partes del mundo les siguen siendo denegados a millones de personas” (2018, p. 474). Así, en los Estados donde aún privan de reconocimiento y garantía de derechos a las personas debido a su orientación sexual o identidad de género, ya sea por motivos culturales o morales, o por los desafíos de adaptación social, política, jurídica e institucional que eso representa; en realidad lo que se pone en tela de juicio es el propio principio de universalidad de los derechos humanos (Peribáñez Blasco, 2018).

Esta contradicción que aún permanece en el ámbito internacional se manifiesta en el hecho de que, hasta el momento, pese a que las personas LGBTQIA+ son un grupo que históricamente ha soportado exclusión y violencia (Kirichenko, 2020; Clericó, 2019; Experto Independiente sobre OSIG, 2017; CIDH 2015), aún no exista un tratado internacional específico respecto de ellas.

No obstante, como hemos adelantado en el acápite previo, que no exista un tratado específico, no significa que estas personas se encuentren jurídicamente desprotegidas (Braun, 2014). Un factor clave para la garantía de derechos este colectivo ha sido el desarrollo jurisprudencial de

⁸ Cabe precisar que la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (en vigor desde el 20 de febrero de 2020) reconoce expresamente, en su artículo 1, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como motivos prohibidos de discriminación.

los órganos de tratados de derechos humanos (Peribáñez Blasco, 2018; Contesse, 2019; Clericó, 2019, 2020; González-Salzberg, 2019).

1.3.1. Sistema universal

En 1994, en un hito histórico, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió en el caso *Toonen vs. Australia*⁹ que las leyes que criminalizaban las relaciones sexuales consensuales entre personas del mismo sexo constituían una violación del derecho a la privacidad consagrado en el PIDCP y, en consecuencia, debían ser derogadas (Braun, 2014; McGill, 2014). Se trataría del primer caso de alcance universal que reconoce a la orientación sexual como un asunto de derechos humanos (McGill, 2014).

Sin embargo, aunque el Comité sostuvo en una declaración oficial posterior que “la orientación sexual no es un criterio ni razonable ni objetivo para justificar una excepción a la prohibición de la discriminación” (Braun, 2014, p. 881), la decisión recaída en *Toonen* tuvo como limitación su anclaje en el ámbito de la privacidad de los individuos antes que en un derecho de más amplio alcance, como la igualdad y no discriminación (Braun, 2014).

Esa limitación fue superada por el Comité con los fallos recaídos en los casos *Young vs. Australia* de 2003 y *X vs. Colombia* de 2007 (McGill, 2014). En ambos casos, el Comité estableció que la orientación sexual es una categoría protegida bajo la fórmula “cualquier otra condición social” del artículo 26 del PIDCP¹⁰ y sostuvo que desconocer a los vínculos entre parejas del mismo sexo a efectos de restringirles el acceso a una pensión constituía discriminación sobre la base de la orientación sexual (Braun, 2014).

Hasta 2017, los órganos de tratados en el sistema universal de derechos humanos no habían generado jurisprudencia en materia de identidad de género (ILGA, 2020). Ese estado de cosas cambió con el caso *G. vs. Australia*, donde el Comité sostuvo que la identidad de género es una categoría protegida por el artículo 26, así como por el artículo 17 del PIDCP¹¹ (ILGA, 2020). Al

⁹ Este, sin embargo, no es el primer caso en materia de orientación sexual conocido por el Comité. El primer fallo fue emitido en 1982, en *Hertzberg y otros vs. Finlandia*. El caso versó sobre la censura de programas de radio y televisión que trataban temas de homosexualidad por considerarlos contrarios a la moral. El Comité reconoció un margen de discrecionalidad al Estado y, en consecuencia, no encontró vulneraciones a los derechos reconocidos en el PIDCP (Braun, 2014; ILGA, 2020).

¹⁰ PIDCP, artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹ PIDCP, artículo 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

respecto, el Comité precisó que la denegación de un certificado de nacimiento que se corresponda con su identidad de género a una persona trans que contrajo matrimonio constituía una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar, así como de su derecho a igual protección de la ley sin discriminación sobre la base de su estado civil y su identidad de género (ILGA, 2020).

Más de una treintena de casos en materia de OSIG han sido conocidos por los órganos de tratados del sistema universal de derechos humanos, incluidos, además del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité CEDAW y el Comité de Derechos del Niño (CRC); respecto de temas como la criminalización de las relaciones entre personas del mismo sexo; solicitudes de asilo; violencia, crímenes de odio y discursos de odio; libertad de expresión, reunión y asociación; vida familiar; y reconocimiento de la identidad de género (ILGA, 2020). Sobre los casos referidos a asilo nos detendremos posteriormente, al analizar la situación de los solicitantes de refugio LGBTQIA+.

1.3.2. Sistema europeo

Por otro lado, como explica Gonzalez-Salzberg (2019), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano de tratados con la jurisprudencia más antigua y extensa sobre OSIG, con más de una centena de casos sobre la materia. El primer fallo en que el TEDH reconoció la orientación sexual como un asunto de derechos humanos fue emitido en 1981, respecto del caso *Dudgeon vs. Reino Unido*. En este caso, el TEDH encontró que la criminalización de las relaciones entre parejas del mismo sexo constituía una violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8¹² del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Gonzalez-Salzberg).

En específico, el Tribunal declaró que la homosexualidad es un aspecto constitutivo de la identidad de los seres humanos, y que la sola existencia de normas que la criminalizan constituye una violación del Convenio. Este criterio fue posteriormente sostenido en los casos *Norris vs. Irlanda* de 1988 y *Modinos vs. Chipre* en 1993 (Gonzalez-Salzberg, 2019).

Posteriormente, en 1999, en el fallo sobre el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el TEDH sostuvo explícitamente, por primera vez en ejercicio de su competencia jurisdiccional, que la orientación sexual constituye una categoría protegida frente a la discriminación y, en consecuencia, determinó que la denegación de derechos parentales a causa de la orientación sexual del padre constituía una decisión discriminatoria (Gonzalez-Salzberg, 2019).

¹² Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

No obstante, Gonzalez Salzberg (2019) identifica que, durante las tres décadas posteriores a *Dudgeon vs. Reino Unido*, el grueso de las decisiones del TEDH continuaron anclándose en el derecho a la vida privada. Esto cambió en 2007, con el fallo recaído en el caso *Bączkowski y otros vs. Polonia*, donde el Tribunal reconoció que la expresión pública de la orientación sexual se encontraba también protegida por el Convenio Europeo. Ese mismo criterio fue reafirmado en 2010 en su decisión sobre el caso *Alekseyev vs. Russia*. En ambos casos, el TEDH determinó que la prohibición estatal de manifestaciones públicas a favor de los derechos de las personas LGBTQIA+ constituía una vulneración del derecho a la libertad de asociación en conexión con la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual (Gonzalez-Salzberg, 2019).

Como sucedió también en el sistema universal; y, como vemos a continuación, también en el interamericano, las primeras decisiones del TEDH garantistas de las identidades de género no cisheteronormadas tardaron más tiempo en surgir. Según describe Gonzalez-Salzberg (2019), en los fallos sobre *Goodwin vs. Reino Unido* e *I vs. Reino Unido*, ambos de 2002, el TEDH reconoció por primera vez que las personas trans tienen derecho al reconocimiento jurídico de su identidad de género, pero sólo si cumplían con los requerimientos establecidos por sus respectivos Estados. Dichos requisitos podían incluir ofrecer evidencia de haberse sometido a operaciones de reasignación de sexo.

Ese criterio fue mantenido hasta 2017, cuando en el caso *AP, Garçon y Nicot vs. Francia*, el TEDH sostuvo que las intervenciones quirúrgicas genitales no pueden ser exigidas como requisito para el reconocimiento de la identidad de género (Gonzalez-Salzberg, 2019).

Sin embargo, un aspecto donde el Tribunal conserva la idea del sujeto protegido por los derechos humanos como un sujeto heterosexual es el referido al derecho al matrimonio. Pese a lecturas garantistas respecto de otros derechos, en casos como *Shalk y Kopf vs. Austria* (2014), la interpretación del tribunal del artículo 12 del Convenio se ha mantenido anclada en el contexto histórico en que fue adoptado (Gonzalez- Salzberg, 2019; Clericó, 2020).

1.3.3. Sistema interamericano

a. Dos enfoques clave: discriminación estructural e interseccionalidad

A fin de entender los criterios sostenidos por la Corte interamericana en materia de no discriminación por OSIG, resulta necesario aproximarnos a dos categorías de análisis recogidas por este tribunal desde las ciencias sociales, las teorías críticas del Derecho y las teorías feministas: discriminación estructural e interseccionalidad (Salomé, 2019).

Salomé (2019) explica que la discriminación estructural o sistémica parte de cuestionar la concepción jurídica tradicional de que dicho fenómeno es un asunto meramente interpersonal. Este enfoque quiebra con la concepción liberal de que las conductas discriminatorias empiezan y se agotan en el plano individual; para entenderlas como un asunto multinivel, donde la exclusión de individuo a individuo es, en realidad, *una manifestación de las estructuras de dominación* que median los vínculos entre ellos.

La autora identifica que este concepto ha sido recogido por la Corte IDH en casos como Campo Algodonero vs. México, donde el Tribunal encontró que la violencia contra las mujeres de Ciudad Juárez se dio en un contexto de discriminación por género conocida y permitida por el Estado. Así, sostuvo que dicha violencia, se basaba en “estereotipos de género socialmente dominantes” (Corte IDH, 2009, párr. 401), y que, “lejos de ser un hecho aislado, esporádico o episódico, atravesaba a toda la sociedad y se reproducía sistemáticamente” (Salomé, 2019, p. 166).

Un segundo caso identificado por la autora es Atala Riffo vs. Chile, donde la Corte determinó que la discriminación cometida contra una mujer lesbiana debido a su orientación sexual obedeció a un contexto de discriminación sistémica contra las personas LGBTQIA+ (Salomé, 2019). Al respecto, el tribunal encontró que la denegación de derechos parentales en perjuicio de Karen Atala y sus hijas tuvo su origen estereotipos y prejuicios socialmente extendidos sobre la capacidad de materner de las mujeres lesbianas, los cuales se encontraban profundamente arraigados en el sistema de justicia chileno (Corte IDH, 2012).

En tanto que a problemas estructurales corresponden respuestas estructurales, una de las consecuencias más importantes de la adopción de este enfoque es la determinación de medidas de reparación transformadora (Salomé, 2019). Estas medidas no se agotan en la restitución del daño sufrido por la persona que accionó frente al tribunal, sino que tienen la vocación de dismantelar las estructuras de subordinación que son su causa primigenia (Corte IDH, 2012). Ello implica desarticular “aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación” (Corte IDH, 2012, para. 267).

Por otro lado, el enfoque de interseccionalidad ha sido recogido paulatinamente por el DIDH para reconocer los impactos diferenciados de la discriminación sobre la vida de las personas, a partir de las condiciones en las que se encuentren y las identidades que las atraviesen (Zota Bernal, 2015).

Aunque este enfoque fue popularizado a finales de los 80's por la abogada y activista afroestadounidense Kimberlé Crenshaw, sus orígenes pueden ser rastreados a los movimientos de mujeres afro abolicionistas, quienes cuestionaron su invisibilización tanto en los activismos

afro, donde el centro era ocupado por hombres negros, como en los espacios feministas, donde el foco eran las mujeres blancas (Hill Collins, 2012).

Crenshaw (1989) trasladó esas críticas al Derecho, para echar luz sobre la discriminación laboral soportada por las mujeres negras en Estados Unidos. La autora analizó cómo existían respuestas jurídicas para atender a la discriminación soportada por los hombres negros, por un lado, y por las mujeres blancas, por otro; pero guardaba silencio respecto de las personas atravesadas por la intersección de las opresiones de raza y género. Así, como explica Viveros (2016), Crenshaw encontró que una mera adición aritmética de criterios no permitía dar respuesta al problema, porque se trataba de una discriminación *distinta*; que, en consecuencia, requería la construcción de remedios diferenciados.

Tal como apunta Zota Bernal (2015), con el tiempo, la interseccionalidad se ha ido convirtiendo en una herramienta de análisis para dirigir la mirada hacia otras formas de exclusión que eran perdidas de vista por un análisis unidimensional de la discriminación. En el ámbito interamericano, la Corte IDH se ha permeado a esta noción en casos como Penal Castro Castro vs. Perú, Campo Algodonero vs. México y Atala Riffo vs. Chile (Corte IDH, 2006c, 2012).

Zota (2015) identifica que, en el primer caso, la Corte reconoció los impactos diferenciados de la variable de género, así como de algunas condiciones específicas vinculadas a ella, como la situación de embarazo, la maternidad y el hecho de ser víctima de violencia sexual; sobre las violaciones de derechos soportados por las personas privadas de libertad durante conflictos armados. En Campo Algodonero, el Tribunal dirigió la atención a la edad y la situación socioeconómica de las víctimas de violencia de género (Corte IDH, 2009). Finalmente, en Atala Riffo, la Corte dirigió la atención a la intersección de las variables de género y orientación sexual para analizar las dificultades particulares que enfrentan las mujeres lesbianas para ejercer sus derechos maternales (Corte IDH, 2012).

La incorporación de esta perspectiva en la jurisprudencia de la Corte interamericana ha generado dos aportes centrales para la garantía del derecho a la no discriminación: i) el diseño de respuestas estatales más adecuadas frente a las vulnerabilidades particulares que afectan a las personas, de manera tal que las medidas en materia de derechos respondan a sus necesidades específicas de protección; y ii) permite la articulación de medidas que tomen en consideración de manera conjunta realidades distintas a las propias de miradas eurocéntricas, masculinas, caucásicas y heterosexuales (Zota Bernal, 2015).

b. Desarrollo jurisprudencial sobre OSIG

En el sistema interamericano, han sido emitidos seis fallos en materia de OSIG, además de una opinión consultiva OC-24/17, a la que hemos hecho referencia previamente. El primer caso sobre la materia no fue resuelto sino hasta 2012, con la sentencia recaída en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Contesse, 2019). En este caso, la Corte IDH (2012) encontró que el Estado chileno vulneró los derechos de Karen Atala y sus tres hijas a la igualdad y no discriminación, a la familia, a la vida privada, así como derechos vinculados a las garantías judiciales; al denegar a la señora Atala el reconocimiento de su derecho a la custodia sobre la base de su orientación sexual.

Los tribunales internos consideraron que la convivencia de la demandante con una pareja del mismo sexo era contraria al interés superior de las niñas. Al respecto, la Corte interamericana señaló que la denegación de derechos en el fuero interno obedeció a estereotipos y prejuicios sobre las personas con orientaciones sexuales diversas y determinó que “[e]l interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos” (Corte IDH, 2012, párr. 110).

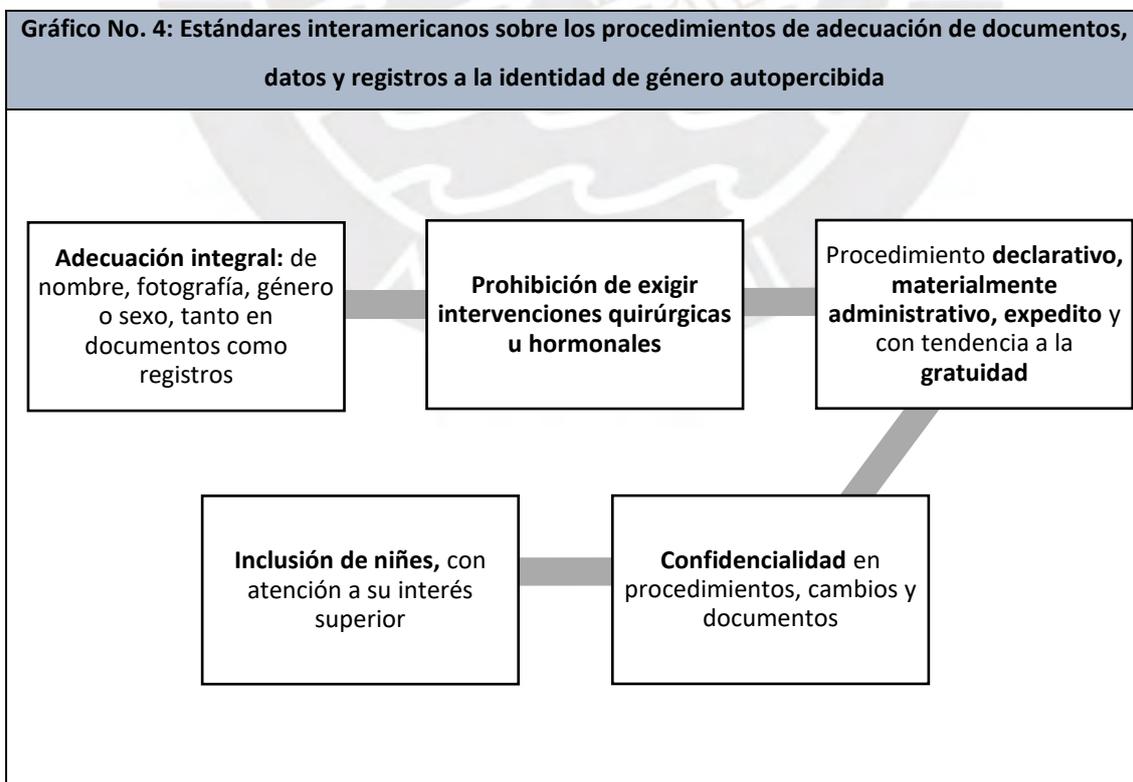
En este fallo histórico, la Corte sostuvo que la orientación y la identidad de género son categorías protegidas por la fórmula “otra condición social” recogida en el artículo 1.1 de la CADH, que establece la obligación general del Estado de no discriminar en el respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención (Corte IDH, 2012). La Corte arribó a esta conclusión reconociendo los avances clave sobre la materia en el sistema universal y europeo, y partiendo de reconocer que “los derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte IDH, 2012, párr. 83). Adicionalmente, apoyándose en el principio pro persona, la Corte sostuvo que, “al interpretar ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1 de la Convención, siempre debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado” (2012, párr. 84).

Posteriormente, en 2016, la Corte emitió dos fallos en materia de orientación sexual, donde sostuvo el criterio de no discriminación ya establecido en el caso *Atala*. En el caso *Duque vs. Colombia*, la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, al haber impedido a Alberto Duque, en razón de su orientación sexual, el acceso a la pensión de sobrevivencia luego del fallecimiento de su pareja, quien era de su mismo sexo (Corte IDH, 2016a).

Asimismo, como sucedió también en el caso Atala, sostuvo que “la eventual restricción de un derecho [respecto de esta categoría] exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar esa diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva” (Corte IDH, 2016a).

Por otro lado, en el caso Flor Freire vs. Ecuador, la Corte reafirmó el reconocimiento de la orientación sexual como categoría protegida y encontró al Estado ecuatoriano internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación por la separación del señor Flor Freire de las Fuerzas Armadas, en aplicación de una norma interna que sancionaba de manera más severa los actos sexuales entre personas del mismo sexo (Corte IDH, 2016b). Esta decisión es particularmente relevante porque la Corte estableció que tanto la orientación sexual *real* como la *percibida* se encuentran protegidas frente a la discriminación (Corte IDH, 2016b; Contesse, 2019).

En 2017, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva 24/17, donde sostuvo que las personas trans tienen derecho a la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad de género; los mismos que deberán ser garantizados mediante procedimientos que permitan la correspondencia entre los documentos, datos y registros, y la identidad de género autopercibida. Al respecto, la Corte desarrolló los siguientes estándares:



Fuente: Corte IDH, 2017

Por otro lado, en relación con las parejas del mismo sexo, al interpretar la noción de familia según el objeto y fin de la CADH, la Corte sostuvo que los estándares legales que aplican a las parejas heterosexuales son extensibles a las parejas del mismo sexo; no sólo respecto de derechos patrimoniales, sino de todos los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales, incluido el derecho a contraer matrimonio¹³ (Contesse, 2019).

Cabe precisar que, en torno al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, existen divergencias importantes entre los criterios seguidos por el TEDH y la Corte IDH. Como plantea Clericó (2020), pese a la vasta jurisprudencia del TEDH en materia de orientación sexual, este Tribunal emplea como criterio para la adopción de sus decisiones la existencia o no de consenso regional sobre la materia controvertida. Así, por ejemplo, en el caso Oliari vs. Italia de 2014, el Tribunal evitó pronunciarse en el extremo referido al matrimonio igualitario por considerar que no existe consenso europeo sobre la materia (Clericó, 2020).

En contraste, la Corte IDH, caracterizada por Clericó como una “*speed adopter*” (2019, p. 6), ha sostenido que

la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (Corte IDH, 2012, párr. 92).

Según analiza Clericó (2020), antes que evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto en atención a la ausencia de consenso, la Corte reconoce que, cuando se trata de la denegación de derechos en atención a categorías prohibidas de discriminación como las OSIG, los Estados no tendrían un margen de apreciación; sino, por el contrario, corresponde evaluar si han ofrecido “una justificación objetiva y razonable” (2012, párr. 124) respecto de dicha restricción. Así, en lugar de evitar analizar el fondo de la controversia, la Corte obedecería a un estándar de “argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible” (Vera y Huber citados por Clericó, 2020, p. 8).

¹³ Según explica Contesse (2019) este extremo de la opinión consultiva encontró críticas por considerarse que constituye un pronunciamiento *ultra vires*: el Estado que presentó la consulta, Costa Rica, sólo consultó respecto de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo y no sobre *todos* los derechos ni el derecho al matrimonio en específico.

Posteriormente, en 2020, la Corte IDH emitió la sentencia sobre el caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Azul Rojas es una mujer trans que fue detenida y sometida a violencia sexual por agentes policiales en razón de su orientación sexual¹⁴. Al respecto, la Corte encontró responsable al Estado peruano por la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y vida privada, a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en la CADH; así como el derecho a no ser sometida a tortura reconocido en la Convención Interamericana contra la Tortura¹⁵ (Corte IDH, 2020).

La Corte arribó a esta conclusión luego de identificar el contexto de discriminación estructural que las personas LGBTQIA+ soportan en el Perú y de determinar que las violaciones de derechos a los que fue sometida Azul Rojas se insertan en ese contexto (Corte IDH, 2020).

Finalmente, en 2021, la Corte emitió el fallo recaído en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Se trata de la primera sentencia donde el tribunal analiza violaciones de derechos contra una persona en razón de su identidad de género. La Corte encontró al Estado hondureño responsable por la violación del derecho a la vida, a la integridad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida privada, a la libertad de expresión y al nombre, y a la igualdad y no discriminación, consagrados en la CADH; así como por el incumplimiento de la obligación de abstenerse de ejercer violencia contra la mujer y velar por que las instituciones y agentes estatales cumplan con dicha obligación; recogida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará); en perjuicio de Vicky Hernández¹⁶.

Como sucedió en Azul Rojas Marín, la Corte ancló los hechos del caso en la situación de discriminación estructural que soportan las personas LGBTQIA+, las mujeres trans en particular, en Honduras. Vicky Hernández fue una mujer trans y trabajadora sexual que vivió con VIH y dedicó su vida a la defensa de los derechos de las mujeres trans, quien habría sido asesinada a manos de agentes policiales.

¹⁴ Al momento de los hechos materia de análisis, Azul se identificaba como un hombre homosexual. En reconocimiento de su derecho a la identidad de género, la Corte se refirió a ella con los nombres y pronombres con los que se autoidentifica actualmente.

¹⁵ Además, la Corte encontró al Estado peruano responsable por la vulneración del derecho a la integridad personal de Juana Rosa Tanta Marín, madre de Azul Rojas, en aplicación de la presunción *iuris tantum* que opera respecto de los familiares de las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos (Corte IDH, 2020).

¹⁶ Asimismo, la Corte encontró al Estado hondureño responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la integridad personal reconocidos en la CADH; así como del incumplimiento de su obligación de prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia contra la mujer con la debida diligencia, recogida en la Convención Belém do Pará; en perjuicio de las familiares de Vicky Hernández (Corte IDH, 2021).

Tal como también precisó en Rojas Marín, la Corte sostuvo que estas formas de violencia contra las personas en razón de su OSIG tienen “un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o subordinación” (Corte IDH, 2021, párr. 70); por lo que los hechos materia de análisis fueron evaluados de manera transversal bajo los parámetros del derecho a la igualdad y no discriminación (Corte IDH, 2021).

Un aspecto clave de esta sentencia es el reconocimiento de la identidad de género, y la expresión de género en particular, como categorías que también se encuentran protegidas por la libertad de expresión (Corte IDH, 2021). Con ello, como sucedió al reconocerla como una categoría resguardada por el derecho a la igualdad y no discriminación y los derechos a la identidad, al nombre y a la personalidad jurídica (Corte IDH, 2012, 2018, 2021), la Corte reafirma, una vez más, que la identidad y expresión de género merecen protección en el ámbito público y no sólo en la esfera privada (Corte IDH, 2021).

Adicionalmente, la Corte (2021), en una reafirmación del principio de interdependencia de los derechos (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993; Nikken, 2010), sostuvo que la garantía de la identidad de género

se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones. En ese sentido, el reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans (Corte IDH, 2021, párr. 116).

Por otro lado, siguiendo una interpretación evolutiva, la Corte (2021) reconoce que el ámbito de aplicación subjetiva de la Convención de Belem do Pará incluye a las mujeres trans. En términos sencillos, la Corte reconoce que *las mujeres trans son mujeres*.

A su vez, partiendo de una perspectiva interseccional, resalta la necesidad de adoptar enfoques diferenciados cuando la violencia de género se dirija contra este grupo en específico, debido a la situación particular de discriminación que soportan. Al respecto, sostiene que corresponde al Estado una debida diligencia reforzada para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos contra este colectivo (Corte IDH, 2021).

Finalmente, en 2022, la Corte emitió su sentencia sobre el caso Pavez Pavez vs. Chile. El caso versa sobre la revocación del certificado de idoneidad de la profesora Sandra Pavez para impartir el curso de religión católica en escuelas chilenas, en razón de su orientación sexual. Al respecto,

el tribunal encontró al Estado chileno responsable por la vulneración a los derechos de Pavez a la igualdad y no discriminación, la libertad personal, a la vida privada y al empleo (Corte IDH, 2022).

De lo expuesto, es posible extraer las siguientes conclusiones. Primero, estos desarrollos jurisprudenciales parten de reconocer que la orientación sexual y la identidad de género en toda su diversidad son dimensiones de la experiencia humana, esto es, son elementos constitutivos de la identidad de las personas, *parte de lo que nos hace humanos*. Así, cuando nos referimos a los derechos humanos de las personas LGBTQIA+ no nos referimos a la creación de nuevos derechos, sino a una aplicación coherente de los principios de universalidad y de no discriminación, que descansa en la idea fundamental de que estas personas, en tanto *seres humanos*, son sujetos de protección del DIDH.

Segundo, en la consolidación de las OSIG como categorías protegidas por el principio/derecho a la no discriminación; ha sido clave, sobre todo en el sistema interamericano, el reconocimiento de que las denegaciones y restricciones de derechos que las personas LGBTQIA+ soportan no son fenómenos individuales ni aislados, sino que obedecen a una situación de discriminación histórica y sistémica, anclada en una ordenación cisheteronormativa de las relaciones sociales.

Tercero, que tradicionalmente el análisis de las OSIG se haya circunscrito a determinados derechos como la vida privada, la identidad de género o la vida, libertad o integridad personal, no significa que estos derechos sean los únicos que protegen a las personas LGBTQIA+. Por el contrario, tanto el principio de universalidad, como el principio/derecho a la igualdad y no discriminación las convierte en categorías protegidas frente a la vulneración de cualquier derecho humano, incluido, como veremos más adelante, el derecho al asilo.

2. Las vulneraciones de derechos humanos enfrentadas por las personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio: miradas críticas desde el DIDH y las teorías queer

2.1. Una introducción al abordaje de los derechos humanos de les solicitantes de refugio LGBTQIA+ desde la doctrina y la jurisprudencia internacional

En atención a los principios de universalidad e igualdad y no discriminación, los expertos que adoptaron los Principios de Yogyakarta recogieron explícitamente en el principio No. 23 que las personas que sufren persecución por orientación sexual e identidad de género tienen derecho a solicitar y obtener asilo (Panel de Especialistas en OSIG, 2007).

Dadas las severas violaciones de derechos humanos que enfrentan –incluidas la privación de la vida y la libertad; la tortura, las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; y la denegación de acceso a derechos económicos, sociales y culturales– las personas LGBTQIA+ constituyen uno de los grupos que mayor protección requiere bajo el estatuto de refugiado (Güler et al., 2019).

Sin embargo, son uno de los colectivos que mayor discriminación enfrenta en el acceso a protección internacional (Millbank, 2013; Güler, 2019; Danisi et al., 2021). El ciclo de la exclusión y la violencia que soportan inicia en los países de origen con severas vulneraciones de derechos que las obligan a huir, se extiende durante el tránsito, las alcanza durante el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y desemboca en la denegación de protección internacional (Güler et al., 2019; Danisi et al., 2021).

En este apartado, centramos el análisis en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y explicamos cómo los sistemas de refugio constituyen escenarios de vulneración y revulneración de sus derechos humanos. Asimismo, analizamos cómo el DIDH nutrido de teorías queer, puede ser aplicado en los sistemas de refugio para identificar, prevenir y remediar estas violaciones de derechos.

Las primeras miradas críticas sobre este tema surgieron hace más de 20 años desde la doctrina anglosajona y europea (LaViolette, 1996; Millbank, 2004; Jansen y Spijkerboer, 2011; Hathaway y Pobjoy, 2012). Nicole LaViolette (1996, 2004, 2013, 2017) y Jenni Millbank (2004, 2009, 2013), dos de las autoras que más han escrito sobre el tema, centraron el análisis en los sistemas nacionales de asilo de Canadá, Reino Unido y Australia para mostrar cómo países entendidos como destinos seguros para las personas LGBTQIA+ reproducían prácticas cisheteronormativas que tenían como resultado la denegación del refugio.

Las autoras identifican como principales puntos problemáticos la incredulidad de los operadores del sistema sobre la pertenencia a la comunidad LGBTQIA+, el no reconocimiento de las violaciones de derechos por OSIG como persecución, la aplicación discriminatoria de estándares probatorios y la evaluación estereotipada de las declaraciones de los solicitantes. Posteriormente, autores como Jansen y Spijkerboer (2011), Spijkerboer (2013), Güler et al. (2019) y Danisi et al. (2021) abordan la realidad europea e identifican patrones similares de exclusión no sólo a nivel nacional, sino también regional.

Además de los abordajes críticos de la doctrina, ACNUR ha emitido directrices para la calificación y tratamiento de solicitantes de refugio LGBTQIA+. Aunque estos documentos no son vinculantes, ofrecen criterios interpretativos autorizados de las disposiciones de la Convención

de 1951. Ello debido a que su mandato comprende un rol de supervisión y de colaboración con los Estados para la aplicación de la Convención, de conformidad con su objeto y fin (Güler, 2019).

En las Directrices sobre Protección Internacional N° 1, sobre persecución por motivos de género, ACNUR reconoce por primera vez que las violaciones de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género pueden constituir persecución (ACNUR, 2002; Millbank, 2013). Posteriormente, aprobó una nota de orientación específica sobre las solicitudes de asilo relacionadas con la orientación sexual e identidad de género (ACNUR, 2008). Esta nota fue dejada sin efecto y reemplazada por las *Directrices sobre protección internacional No. 9, sobre solicitudes de condición de refugiado relacionadas con OSIG* (ACNUR, 2012).

Por otro lado, en el primer capítulo explicamos que no existe un órgano de tratados de alcance universal que controle de manera vinculante el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de la Convención de 1951 y su Protocolo. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que, en virtud de la complementariedad entre el DIDH y el DIR, los órganos de tratados de derechos humanos –los comités de naciones unidas y los tribunales regionales–, pueden conocer sobre casos de asilo donde se verifiquen vulneraciones de derechos humanos.

En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH), el Comité contra la Tortura (CAT) y el Comité de Derechos del Niño (CRC) han emitido decisiones sobre solicitantes de refugio que requieren protección frente a la persecución por su orientación sexual (ILGA, 2020). Estas decisiones se han anclado en los derechos a la vida (Comité de DDHH, 2011, 2013); a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Comité de DDHH, 2011; Comité CAT, 2011, 2015); así como el principio de interés superior del niño y los derechos a ser protegido contra los malos tratos y a recibir protección especial en el procedimiento de asilo (Comité CRC, 2021).

Como precisamos en el capítulo anterior; en el caso específico del TEDH, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce expresamente el derecho al asilo, el Tribunal ha interpretado que se trata de un derecho implícito contenido en el artículo 3 del Convenio Europeo, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Así, en tanto el principio de no devolución constituye una bisagra entre el DIR y el DIDH, el TEDH emite fallos en casos de asilo donde la devolución a terceros Estados podría colocar a los solicitantes en riesgo de ser torturados o sometidos a malos tratos (Cantor y Barichello, 2013; Abass & Ippolito, 2014). El TEDH (2020) ha emitido una sola sentencia favorable sobre refugiados LGBTQIA+, recaída en el caso B & C vs. Suiza, sobre la prohibición de devolución de una persona que solicitó protección frente al riesgo de ser perseguida por orientación sexual (Viviani y Venturi, 2021).

En contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) conoce sobre casos de asilo en virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce expresamente el derecho de asilo en su artículo 18; así como de las Directivas del Sistema Europeo Común de Asilo. Estas Directivas – (i) de Condiciones de Recepción, (ii) de Calificación y (iii) de Procedimientos– son aprobadas por el Consejo y el Parlamento de la Unión Europea y son vinculantes para sus Estados miembros (Ferreira, 2018).

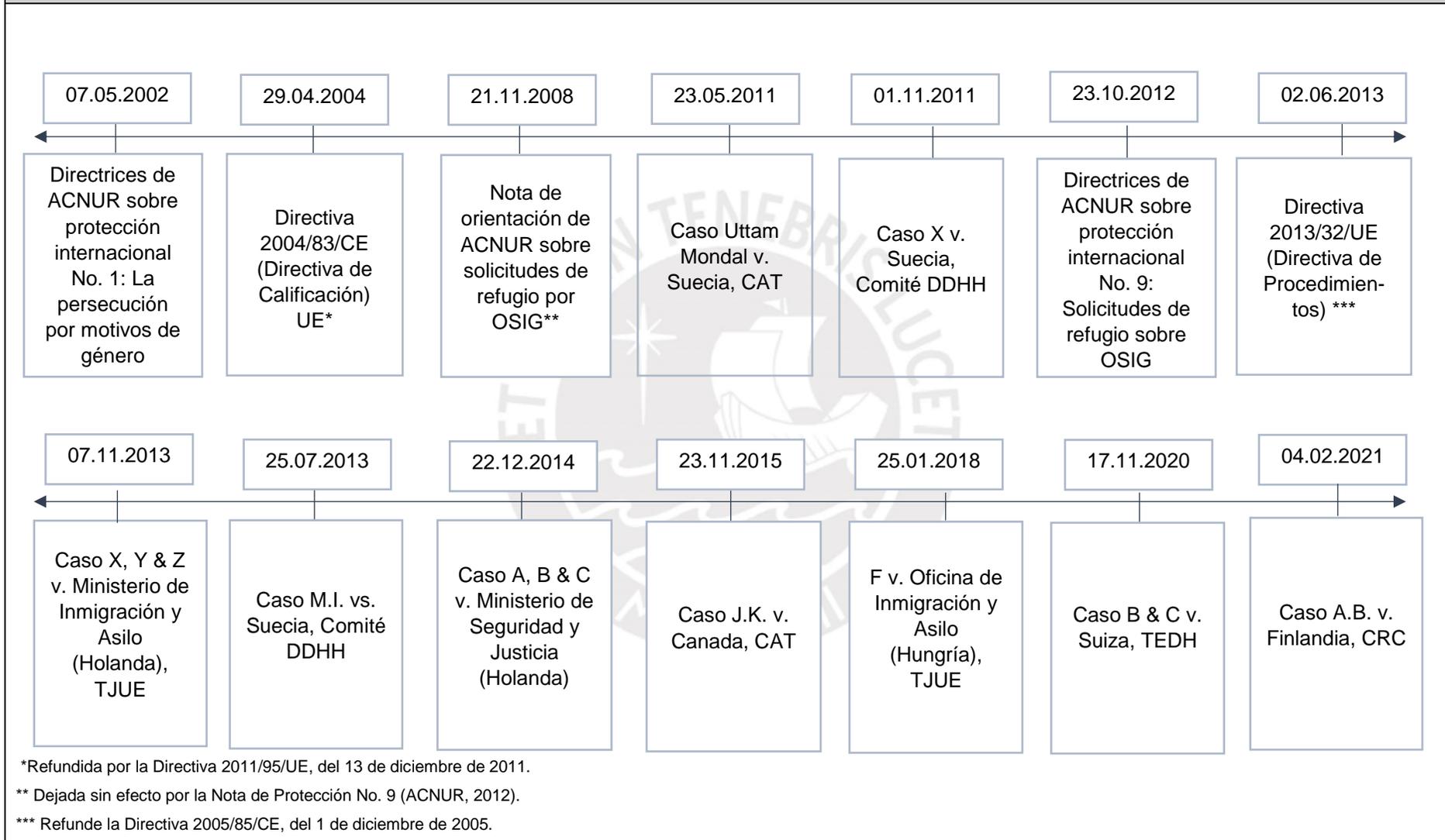
La Directiva 2004/83/CE (Directiva de Calificación), refundida por la Directiva 2011/95/UE; establece que la orientación sexual y la identidad de género, en tanto se vinculen con la persecución alegada por los solicitantes, deben considerarse como categorías protegidas en virtud de la pertenencia a un determinado grupo social (UE, 2011). Asimismo, la Directiva 2013/32/UE (Directiva de Procedimientos), que refunde la Directiva 2005/85/CE, establece que (i) los Estados deben adoptar garantías especiales respecto de aquellas personas que las requieran en atención a su orientación sexual o identidad de género; (ii) los casos sobre OSIG requieren una evaluación y resolución individualizadas; y (iii) los Estados deben asegurar que los funcionarios que realicen entrevistas sean competentes para atender casos sobre OSIG (UE, 2013).

El TJUE ha emitido tres fallos favorables sobre solicitantes de refugio que alegaron persecución por orientación sexual (Kirichenko, 2020), los cuales ha resuelto no sólo en virtud de las referidas Directivas, sino con referencia expresa a la dignidad humana y el derecho a la vida privada recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en concordancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (TJUE, 2013, 2014, 2018).

Cabe precisar que, aunque la doctrina y los estándares de ACNUR consideran las vulneraciones de derechos que enfrentan los solicitantes de asilo en razón de su identidad de género y sus características sexuales; aún no ha sido emitido ningún fallo o decisión internacional sobre personas trans, de género no binario o intersex (Kirichenko, 2020).

A continuación, presentamos un listado cronológico de las principales fuentes de estándares internacionales a las que hacemos referencia en este segundo apartado:

Gráfico No. 5: Fuentes de estándares internacionales sobre derechos de las refugiadas LGBTQIA+



2.2. Solicitantes de refugio LGBTQIA+: dos aspectos clave sobre la complementariedad entre el DIDH y el DIR

En el primer capítulo, nos referimos a cinco aspectos de complementariedad entre el DIDH y el DIR. En esta sección, nos detenemos en el análisis en dos de esos ellos: la interpretación evolutiva de la definición clásica de refugiado y la ampliación de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección internacional.

Respecto del primer aspecto, explicamos cómo el DIDH permite actualizar el estándar de calificación de la definición clásica del DIR para comprender como formas de persecución a las severas violaciones de derechos humanos que soportan las personas LGBTQIA+ en razón de una o más de las categorías protegidas por la Convención. Posteriormente, en relación con el segundo aspecto, analizamos cómo el DIDH nutrido de teorías queer hace posible revisar los estándares de tratamiento respecto de los solicitantes de refugio LGBTQIA+ para identificar, prevenir y remediar vulneraciones de sus derechos humanos al interior de los procedimientos de refugio.

2.2.1. Estándar de calificación

Asegurar la efectividad de la Convención de 1951 respecto de quienes requieren protección internacional frente a la persecución por orientación sexual e identidad de género requiere “adoptar una aproximación dinámica” de la definición de refugiado que tenga como punto de referencia el DIDH (Querton, 2019, p. 382). Se trata de entender la definición como un “instrumento vivo” que requiere alimentarse de los estándares actuales de derechos humanos que constituyen su contexto, a fin de dar una respuesta efectiva frente a las necesidades de protección internacional de las personas que soportan persecución por razones no expresamente contempladas al momento de aprobación de la Convención (Querton, 2019, p. 390).

Para Querton (2019) y Peña Díaz (2019), interpretar la definición según el estado actual del DIDH implica abandonar la idea arquetípica del refugiado hombre blanco europeo y heterosexual que huye de la guerra; para adaptarla a la diversidad de personas que soportan graves violaciones de derechos humanos y que no reciben protección por sus Estados de origen. Esto requiere transversalizar el enfoque de diversidad sexual y de género en la aplicación de la Convención, en un proceso descrito como “*queerización*” del DIR (Querton, 2019; Bruce-Jones, 2021).

a. Riesgo de persecución

En el primer capítulo, sostenemos que la frase “fundados temores de ser perseguido” de la definición clásica ha de entenderse como la existencia de un riesgo real de sufrir vulneraciones de derechos humanos que afecten el núcleo de los derechos a la vida, la libertad o la integridad; y respecto de las cuales el Estado de origen sea renuente o inhábil para brindar protección. Precisamos también que la verificación de la severidad de las violaciones de dichos derechos no requiere una afectación directa, sino que es posible que una serie de vulneraciones de menor entidad, sumadas todas, alcancen el umbral de severidad.

i. Violencia física, psicológica y sexual

En el capítulo previo, precisamos también que las violaciones de derechos no necesariamente deben ser cometidas por funcionarios del Estado para calificar como persecución. Basta que el Estado se rehúse a brindar protección o tenga inhabilidad para otorgarla. A partir de ello, es posible interpretar que la violencia homo/lesbo/transfóbica cometida por miembros de la comunidad de le solicitante también puede calificar como persecución (ACNUR, 2012).

En particular, las violaciones de derechos equiparables a tortura, tales como la violencia sexual correctiva, los matrimonios forzados, la violencia por honor y las terapias de conversión han de considerarse como formas de persecución (ACNUR, 2012; Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016; Experto Independiente sobre OSIG, 2020). Asimismo, también puede considerarse como tal la sobrevivencia prolongada en un entorno social de ostracismo que ejerce violencia física y psicológica sobre le solicitante por su OSIG. Finalmente, el daño psicológico causado por verse obligade a ocultar las OSIG para protegerse de la violencia también puede constituir persecución (Tobin, 2012; Hathaway y Pobjoy, 2012).

En el caso *Uttam Mondal vs. Suecia*, el Comité CAT (2011) encontró que el Estado sueco violaría el principio de no devolución¹⁷ si expulsaba a un hombre gay originario de Bangladesh a quien le denegó asilo. El Comité sostuvo que las autoridades suecas no evaluaron adecuadamente cómo los reportes de la comisión de tortura contra personas LGBTQIA+ en Bangladesh; junto al cartel que contenía una *fatwa*¹⁸ de muerte contra el solicitante por su homosexualidad, y los informes médicos que indicaban que fue sometido a tortura previamente; evidenciaban un riesgo “real y previsible” de persecución (2011, párr. 7).

¹⁷ Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁸ Orden de persecución emitida por organizaciones fundamentalistas islámicas (Comité CAT, 2011).

Posteriormente, en el caso *M. I. vs. Suecia*, el Comité de DDHH (2013) encontró que el Estado sueco violaría el derecho a no ser sometida a tortura y a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes¹⁹ si expulsaba a una mujer lesbiana originaria de Bangladesh a quien le denegó asilo. La solicitante alegó haber sido sometida a violencia sexual por agentes estatales, matrimonio forzado y violencia doméstica. El Comité sostuvo que el Estado sueco no valoró adecuadamente cómo el contexto de homofobia generalizada y la ausencia de sanción por los crímenes cometidos contra personas LGBTQIA+ en Bangladesh; junto a las declaraciones de la solicitante de la violencia sexual de la que fue víctima a manos de policías, la exposición pública de la relación con su pareja, la desaparición de su pareja, y la información médica que daba cuenta del deterioro de su salud mental a causa de las violencias que soportó; constituían evidencia suficiente de que se encontraría en riesgo de ser sometida a tortura si era devuelta a su país de origen.

En el caso *B & C vs. Suiza*, el TEDH (2020) encontró que el Estado suizo colocó en riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes²⁰ a un hombre gay originario de Gambia a quien le denegó asilo. El solicitante alegó encontrarse en riesgo de ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes por los miembros de su comunidad en caso de ser devuelto a su país de origen. Haciendo referencia directa a las Directrices sobre Protección Internacional No. 9 de ACNUR, el Tribunal sostuvo que las violaciones de derechos que justifican el otorgamiento de protección internacional no sólo son aquellas que son cometidas por agentes estatales, sino que es necesario considerar el contexto de violencia ejercida por agentes privados y el nivel de disponibilidad de protección estatal frente a esta violencia.

Finalmente, en el caso *A. B. vs. Finlandia*, el Comité CRC (2021) encontró que el Estado finlandés incumplió las obligaciones de observar el interés superior de los niños, protegerles contra los malos tratos y brindarles protección especial en caso soliciten refugio²¹. Ello debido a que denegó asilo a un niño, su madre y su pareja, ambas lesbianas; las tres de origen ruso. Las autoridades finlandesas determinaron que las amenazas, el *bullying* y la discriminación que soportó el niño, en su escuela y su comunidad, en razón de la orientación sexual de su madre y su pareja, no constituían persecución. La solicitud de asilo les fue denegada y fueron expulsadas a Rusia. El Comité sostuvo que las autoridades finlandesas no evaluaron adecuadamente la situación particular del niño, lo cual requería tomar en consideración la orientación sexual de su madre, así como el riesgo que enfrentaría a ser sometido a daños irreparables por esa causa al

¹⁹ Artículo 7 del PIDCP.

²⁰ Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²¹ Artículos 3, 19 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

ser devuelto a Rusia. En particular, el Comité consideró que el Estado finlandés no consideró su corta edad y los efectos a largo plazo que el *bullying* lesbofóbico generaría sobre su bienestar. Para el Comité, la discriminación y el acoso que sufrió previamente eran evidencia del alto riesgo de que tales hechos volverían a ocurrir.

ii. Criminalización, persecución policial y privación de libertad

Un aspecto controvertido sobre la criminalización de actos sexuales entre personas del mismo sexo corresponde a si la sola existencia de estas normas constituye un riesgo real de persecución, sobre todo en aquellos casos donde estas normas son escasamente aplicadas (ACNUR, 2010, 2012). Para ACNUR (2012), cuando estas leyes existen, debe aplicarse una presunción *iuris tantum*; esto es, el riesgo de persecución debe presumirse, salvo exista prueba en contrario. Este razonamiento obedece a que la criminalización de estas conductas contribuye a evidenciar un contexto de discriminación sistémica por orientación sexual, la cual incluye la existencia de obstáculos institucionales para acceder a protección estatal (ACNUR, 2012).

Ahora bien, la sola despenalización no puede considerarse como suficiente para sostener la ausencia de riesgo de persecución, sino que es necesario evaluar que estos cambios sean sustantivos y sostenidos en el tiempo (ACNUR, 2012). Asimismo, no es necesario que la criminalización sea explícita, dado que suele suceder que las personas LGBTQIA+ sean perseguidas bajo normas genéricas que apelan a la moral y las buenas costumbres (ACNUR, 2012).

En el caso *Uttam Mondal vs. Suecia*, el Comité CAT (2011) sostuvo que el hecho de que las normas que criminalizan los actos sexuales entre personas del mismo sexo no se apliquen regularmente no anula el riesgo de que la persecución penal en virtud de estas pueda activarse, más aún si se considera los reportes sobre el agravamiento de las violaciones de DDHH y la comisión de actos de tortura contra las personas LGBTQIA+ a manos de agentes estatales en el país de origen.

Asimismo, en el caso *M.I. vs. Suecia*, el Comité de DDHH (2013) sostuvo que, aunque las normas que prohíben los actos sexuales entre personas del mismo sexo no se apliquen con frecuencia, *su existencia contribuye al contexto de homofobia generalizada* y de ausencia de castigo por la violencia ejercida contra este colectivo.

En el caso *J. K. vs. Canadá*, el Comité CAT (2015) encontró que el Estado canadiense colocaría a un hombre gay de Uganda en riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos

o degradantes²² en caso de devolverlo a su país de origen. En su decisión, el Comité sostuvo que las autoridades canadienses no valoraron adecuadamente los efectos que la promulgación de la ley contra la homosexualidad en Uganda podría generar sobre la integridad del solicitante; más aún si alegó haber sido detenido y torturado previamente en razón de su orientación sexual y si ofreció medios probatorios de encontrarse con una orden de persecución penal en su contra.

En el caso X, Y & Z vs. el Ministerio de Inmigración y Asilo de Hungría, el TJUE (2013) conoció el caso de tres personas originarias de Sierra Leona, Uganda y Senegal que alegaron encontrarse en riesgo de ser perseguidas por su orientación sexual. En los tres países, los actos sexuales entre personas del mismo sexo se castigan con penas privativas de la libertad. El TJUE sostuvo que, aunque la criminalización no constituye en sí misma persecución, la privación de libertad sobre esa base sí lo es.

Por otro lado, en el caso B & C vs. Suiza, el TEDH (2020) sostuvo que, aunque la devolución a un país donde se criminaliza los actos sexuales entre personas del mismo sexo no constituye una violación del artículo 3 del Convenio Europeo *per se*, es necesario evaluar cómo esas normas interactúan con el contexto de derechos humanos que enfrentan las personas LGBTQIA+ en el país de origen. Así, por ejemplo, la criminalización de estas conductas podría considerarse como evidencia de la ausencia de protección estatal frente a la violencia cometida contra este grupo.

iii. Denegación o restricción de derechos económicos, sociales y culturales

Aunque la violencia y la criminalización son las razones identificadas como las más comunes para la búsqueda de protección internacional por personas LGBTQIA+; la denegación o restricción de derechos económicos, sociales y culturales por OSIG también puede constituir persecución, cuando esta sea de un grado tal que haga imposible acceder a condiciones mínimas para una vida digna (ACNUR, 2012; Güler et al., 2019). Adicionalmente, distintas vulneraciones en el acceso a salud, educación, vivienda y empleo analizadas en conjunto pueden calificar como persecución cuando no se encuentren disponibles remedios internos efectivos (ACNUR, 2012).

También es importante considerar cuando estas restricciones de derechos se dan en un contexto de exclusión comunitaria por OSIG. Los efectos sobre la integridad psíquica generados por una exclusión prolongada, sumados a las vulneraciones de estos derechos y a la desprotección estatal frente a las mismas, podrían considerarse como persecución (ACNUR, 2012).

El caso A. B. vs. Finlandia nos permite evaluar cómo la discriminación estructural contra las personas LGBTQIA+ genera efectos en el acceso y disfrute a DESC, y a su vez, esta suma de

²² Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

vulneraciones convierte la permanencia en el país de origen en una situación intolerable. Aunque el Comité CRC (2021) no se detiene a analizar esta cuestión en particular, tanto el autor de la comunicación como las terceras partes que participaron del proceso, hicieron referencia a cómo el no reconocimiento jurídico de las familias LGBTQIA+ en Rusia, unido a leyes que criminalizan la homosexualidad, generan un “clima jurídico social y social hostil”; que, a su vez, produjo las condiciones que impidieron al autor acceder a una educación libre de violencia (Comité CRC, 2021, párr. 8). Encontrarse expuesto a violencia constante en la escuela y la comunidad, generarían efectos severos sobre su integridad psíquica y sobre su capacidad de desarrollarse libremente; que, sumados a la reticencia evidente del Estado ruso para brindar protección frente a ese estado de cosas, hacen evidente la persecución.

iv. El criterio de discrecionalidad

Por otro lado, el criterio de la posibilidad de ocultar la orientación sexual y la identidad de género para protegerse de la persecución no es admisible bajo estándares de derechos humanos (ACNUR, 2012; Tobin, 2012). Eso se desprende no sólo por el hecho de que la manifestación de las OSIG en el ámbito público se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión y asociación (ACNUR, 2012), sino porque no es admisible imponer a los solicitantes un criterio que implicaría la generación de un daño psicológico severo sobre sí mismos (Tobin, 2012).

Sin perjuicio de ello, es importante considerar también la persecución puede ocurrir pese a los esfuerzos del solicitante de ocultar su OSIG (ACNUR, 2012). La matriz cisheterosexual opera mediante la fiscalización y sanción de aquellas conductas que no se adaptan a sus estándares, por lo que ocultar la OSIG puede resultar materialmente imposible para quienes busquen protegerse de la violencia; o para aquellos que, sin pertenecer a la comunidad LGBTQIA+, son percibidos como tales por no cumplir a cabalidad con tales estándares.

En el caso X, Y & Z vs. el Ministerio de Inmigración y Asilo de Hungría, el TJUE (2013) sostuvo que el criterio de discrecionalidad no resulta válido para denegar protección internacional. En particular, el Tribunal resaltó que, análogamente a la persecución por motivos religiosos²³, la orientación sexual²⁴ es una categoría protegida por la institución del asilo no sólo respecto de actos realizados en privado, sino también de aquellos actos realizados en la esfera pública. Asimismo, sostuvo que la orientación sexual es una característica tan fundamental para la

²³ Artículo 10.1.b de la Directiva de Calificación.

²⁴ Artículo 10.1.d de la Directiva de Calificación.

identidad de las personas, que los Estados no pueden exigirles que renuncien a ella para evitar ser perseguidas.

Adicionalmente, en el caso *B & C vs. Suiza*, el TEDH (2020) cuestionó el razonamiento de las autoridades suizas según el cual, de ser devuelto, le solicitante podría mantenerse a salvo ocultando su orientación sexual. Siguiendo el mismo argumento del TJUE, y haciendo referencia expresa a las Directrices sobre protección internacional No. 9 de ACNUR, el TEDH sostuvo que nadie debería verse forzado a ocultar su orientación sexual, en tanto se trata de una característica inherente a la identidad de las personas.

v. *La alternativa de huida interna*

La denegación de la solicitud por considerar que le solicitante tiene la alternativa de desplazarse a otro lugar dentro de su país de origen para protegerse también es cuestionable. Para ACNUR (2012), este criterio es admisible siempre que la alternativa interna sea pertinente y razonable. No será pertinente si, en el lugar alternativo, la persecución continuaría, adoptaría una nueva forma o requeriría de la discrecionalidad de le solicitante. No será razonable si la reubicación interna implicaría “dificultades excesivas” para le solicitante, esto es, que no pueda acceder a condiciones sociales y económicas mínimas para una vida digna (ACNUR, 2012, párr. 56). La carga de la prueba de estos requisitos recae sobre las autoridades del país de acogida (ACNUR, 2012).

Al respecto, en el caso *Uttam Mondal vs. Suecia*, el Comité CAT (2011) cuestionó el razonamiento de las autoridades suizas según el cual la *fatwa* de muerte emitida contra el solicitante se habría difundido sólo a nivel local, por lo que podría encontrarse a salvo en otras zonas de Bangladesh. El Comité sostuvo que la carga de probar la viabilidad de la reubicación interna correspondía al Estado y, más aún, que la noción de “peligro local” no resulta claramente medible.

b. **Pertenencia a un determinado grupo social o a alguna otra de las categorías protegidas por la Convención**

Sobre las categorías protegidas frente a la persecución por la definición clásica, ACNUR (2002a, 2012) sostiene que es necesario aplicar una interpretación evolutiva de la frase “pertenencia a un determinado grupo social”, que atienda a los cambios sociales y a los estándares actuales de derechos humanos. En el caso de las personas LGBTQIA+, una lectura evolutiva de este elemento implica aproximarse a él reconociendo el desarrollo progresivo del DIDH, que ha consagrado las OSIG como un motivo prohibido de discriminación (Danisi et al., 2021).

Cabe precisar, además, que, tal como sucede con los estándares de derechos humanos revisados previamente, la orientación sexual y la identidad de género han de entenderse como categorías protegidas por la Convención de 1951 tanto si realmente se corresponden con la identidad de los solicitantes, como si son atribuidas a estos por no cumplir con los estándares cisheteronormativos (Corte IDH, 2016; ACNUR, 2012).

Ahora bien, el reconocimiento de las OSIG como categorías protegidas en virtud de la pertenencia a un determinado grupo social no implica que este sea el único motivo de persecución respecto del cual las personas LGBTQIA+ pueden recibir protección internacional. ACNUR (2012) sostiene que los motivos prohibidos de la Convención de 1951 no se excluyen entre sí, por lo que es posible que una persona califique como refugiada en virtud de más de una categoría. De hecho, como vemos a continuación, en determinados casos, resulta necesario evaluar de manera conjunta cómo operan distintos motivos respecto de una misma persona para realizar una valoración adecuada de los hechos alegados en su solicitud.

En el caso *Uttam Mondal vs. Suecia*, el Comité CAT consideró que la orientación sexual del solicitante, junto a su actividad política y su práctica religiosa hindú fueron motivos que confluyeron en el riesgo “real y previsible” de que fuese sometido a tortura y que, en consecuencia, debieron ser evaluados de manera conjunta por las autoridades suecas (2011, párr. 7). Asimismo, en el caso *J. K. vs. Canadá*, el mismo Comité (2015) sostuvo que era necesario analizar conjuntamente los factores de riesgo de ser sometido a tortura que enfrentaría el solicitante en caso de ser devuelto a Uganda. Ello requería atender no sólo a su orientación sexual, sino su activismo político en organizaciones de defensa de derechos de las personas LGBTQIA+.

2.2.2. Estándar de tratamiento durante el procedimiento

Queerizar el procedimiento de refugio no se agota en el análisis crítico de la interpretación de las normas del DIR: aunque el reconocimiento de la persecución por OSIG como protegida bajo el estatuto de refugiado constituye un avance importante para la garantía de derechos de las personas LGBTQIA+, este desarrollo interpretativo no ha ido acompañado de una transversalización de la garantía de los derechos humanos de este grupo durante la conducción de los procedimientos de refugio (Raj, 2017). La matriz cisheteronormativa permea estos procedimientos convirtiéndolos en espacios donde prevalece la discriminación y la violencia contra los solicitantes que alegan persecución por OSIG (Raj, 2017; Güler, 2019; Danisi et al., 2021).

a. Conducción de las entrevistas y valoración de la declaración de le solicitante: la centralidad del testimonio vs. la “cultura de la incredulidad”

Usualmente, los solicitantes de refugio no pueden ofrecer más de medios de prueba que sus propios testimonios (ACNUR, 2012). Al respecto, ACNUR sostiene que corresponde aplicar el principio de beneficio de la duda siempre que el solicitante haya ofrecido un testimonio creíble en términos generales y se “hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles” (ACNUR, 2019, párr. 204).

Sin embargo, la evaluación de la credibilidad del testimonio constituye “el asunto más controvertido y problemático en las solicitudes de asilo sobre la base de OSIG” (Danisi et al., 2021, p. 300). Al respecto, ha sido ampliamente reportado que en estos procedimientos impera una “cultura de la incredulidad” basada en nociones estereotipadas de las experiencias LGBTQIA+ (ACNUR, 2010, párr. 31).

Los solicitantes LGBTQIA+ encuentran un triple desafío probatorio: primero, quienes alegan pertenecer a este grupo social se ven obligados a revelar aspectos sumamente íntimos de su identidad; que usualmente han mantenido ocultos durante periodos prolongados de tiempo; que no necesariamente han aceptado a causa de la homo/transfobia interiorizada; o respecto de los cuales poseen un vocabulario escaso, ya sea porque se trata de experiencias consideradas tabú o porque reciben nomenclaturas totalmente distintas –si acaso alguna– en sus países de origen (LaViolette, 2017; Raj, 2017; Peña Díaz, 2019).

En segundo lugar, contar las experiencias de persecución por OSIG puede ser sumamente retraumatizante (LaViolette, 2017; Raj, 2017). Una aplicación irrestricta del estándar de credibilidad que; como explicamos en el primer capítulo, exige coherencia interna y externa, y verosimilitud (Peña Díaz, 2019); pierde de vista que estas personas pueden estar atravesando “estrés postraumático, vergüenza internalizada, episodios de secrecía y depresión” como consecuencia de la violencia que soportaron en sus países de origen (Shildo y Ahola citados por Raj, 2017, p. 457).

Tercero, los solicitantes tienen que ofrecer su testimonio en sistemas de asilo que no capacitan a sus funcionarios en asuntos de derechos humanos, diversidad sexual y de género, y que no cuentan con protocolos para atender y evaluar casos de persecución por OSIG (ACNUR, 2010; LaViolette, 1996, 2004; Millbank, 2013; Raj, 2017). Aunque la apertura interpretativa a los estándares de DIDH ha generado el reconocimiento de las OSIG como categorías merecedoras de protección, se trata de un reconocimiento superficial que ha conducido a la construcción de

un nuevo arquetipo de refugiado, el “refugiado LGBTI por antonomasia” (Peña Díaz, 2019, p. 277).

Así, personas con un mundo emocional profundamente conmocionado deben ofrecer su testimonio a funcionarios que *esencializan* y estereotipan sus experiencias de vida, a tal punto que las declaraciones que no encajan en esas ideas preconcebidas son entendidas como menos creíbles (Raj, 2017; Peña Díaz, 2019; Bruce-Jones, 2021; Danisi et al., 2021). Al respecto, Danisi et al. sostienen:

Los usos de preconcepciones inapropiadas, culturalmente sesgadas e incluso ofensivas en los procedimientos de refugio han sido extensamente documentados (...) Estos estereotipos incluyen expectativas de narrativas sobre salir del clóset, identificación con el género opuesto o un género distinto al propio, involucramiento en activismo LGBTQIA+, asistencia a espacios sociales y de vida nocturna LGBTQI+, familiaridad con la cultura LGBTQI+, ser sexualmente activo según la OSIG con la que se autoidentifica y nunca haber tenido parejas heterosexuales ni hijos (2021, p. 303).

Esto resulta particularmente problemático porque quienes solicitan refugio por OSIG usualmente no encajan en el molde eurocéntrico LGBTQIA+ (Danisi et al., 2021). Se trata de personas que provienen de contextos socioculturales donde la expresión pública de las OSIG acarrea sanciones a nivel social y jurídico. En consecuencia, la tendencia es que recurran al ocultamiento de sus identidades y la adaptación a los estándares cisheterosexuales para sobrevivir (Raj, 2017; Danisi et al., 2021).

Asimismo, Bruce-Jones (2021) apunta que el esencialismo desconoce la diversidad de las experiencias de vida de los solicitantes LGBTQIA+. Es necesario considerar que “las experiencias queer no son fijas, ni inmutables ni universales” y que hace falta “conceptualizar a los refugiados queer de una manera que no oscurezca sus complejas identidades, intimidades y heridas” (Raj, 2017, p. 455). Así, la credibilidad de este grupo no debería verse afectada porque los adjudicadores “malentienden las vidas queer” (Raj, 2017, p. 455).

En el caso A, B & C vs. El Ministerio de Justicia de Holanda, que versa sobre la denegación de solicitudes de asilo a tres personas que alegaron persecución en razón de su orientación sexual, el TJUE (2014) sostuvo que “el desconocimiento de detalles sobre organizaciones homosexuales o respecto de otras cuestiones estereotípicas no puede en sí mismo constituir motivo suficiente para concluir que el testimonio del solicitante carece de credibilidad” (Mrazova, 2019, p. 196).

La consideración de las solicitudes de asilo por OSIG como poco creíbles tiene como una de sus consecuencias la aplicación de líneas de preguntas sesgadas e invasivas que vulneran el derecho a la privacidad de los solicitantes. Al respecto, en el caso precitado, el TJUE sostuvo que “las líneas de preguntas sobre detalles de las prácticas sexuales de los solicitantes son contrarias a los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (2014, párr. 64).

Otro aspecto que resulta problemático respecto de la aplicación irrestricta del estándar de credibilidad es la revelación tardía de información. En el caso X vs. Suecia, el Comité de DDHH (2011) sostuvo que el Estado sueco incumplió su obligación de garantizar los derechos a la vida y de no ser sometido a tortura y malos tratos²⁵, al expulsar a un hombre bisexual de origen afgano que solicitó asilo. En Afganistán, los actos sexuales entre personas del mismo sexo son penados con la muerte. El Estado sueco reconoció este hecho, así como las consecuencias que dicha criminalización podría tener sobre la vida del solicitante. Sin embargo, le denegó el asilo porque no reveló su orientación sexual en las etapas iniciales del procedimiento. Este hecho, a criterio del Estado, convertía su testimonio en poco creíble. El Comité concluyó que la revelación tardía de su orientación sexual no anula la credibilidad del testimonio. Ello debido a que, más allá del momento de la revelación, lo gravitante era atender al riesgo real al que el solicitante se encontraba expuesto en caso de ser devuelto a su país de origen.

Asimismo, cabe precisar que, aunque el testimonio es usualmente el único medio probatorio ofrecido por los solicitantes; en ocasiones, aun cuando presente falencias de coherencia interna, sus declaraciones pueden verse reforzadas por otros tipos de medios probatorios que evidencien suficientemente el riesgo de persecución.

Así, por ejemplo, en el caso M. I. vs. Suecia, el Estado sueco denegó asilo por considerar que las afirmaciones de la autora carecían de coherencia interna. Al respecto, el Comité de DDHH (2013) sostuvo que las autoridades suecas no evaluaron adecuadamente los medios probatorios adicionales que ofreció— la copia de la denuncia de la desaparición de su pareja, la copia del artículo que exponía su relación con ella y el informe médico que acreditaba el deterioro de su salud mental. Estos documentos, argumentó el Comité, junto al contexto de homofobia generalizada e impunidad por los crímenes contra las personas LGBTQIA+ en su país de origen; eran prueba suficiente del grave riesgo para su vida en caso de ser devuelta a Bangladesh.

²⁵ Artículos 6 y 7 del PIDCP.

Cabe considerar, además, como explicamos previamente, que M. I. alegó ser víctima de violencia sexual, matrimonio forzado y violencia doméstica. Que las autoridades suecas hayan aplicado respecto de ella un estándar irrestricto de coherencia evidencia un grave desconocimiento de del trauma que experimentan las víctimas de violencia misógina y lesbofóbica (Raj, 2017). Esto es especialmente grave si consideramos que en su expediente obraba el informe que daba cuenta del deterioro de su salud mental.

b. Solicitud de medios probatorios adicionales: el principio de beneficio de la duda vs. incredulidad y patologización

La cultura de la incredulidad respecto de las solicitudes de refugio LGBTQIA+ tiene como otro de sus efectos la solicitud y admisibilidad de medios probatorios que violan derechos humanos, en una abierta inaplicación del principio de beneficio de la duda. Las *pesudopruebas* que han sido más cuestionadas son la pletismografía (ACNUR, 2010), los tests falométricos (TJUE, 2014), y los tests psicológicos y psiquiátricos (Mrazova, 2019; TJUE, 2018). Los dos primeros involucran la exposición a imágenes de actos sexuales entre personas del mismo sexo para medir la reacción física de la persona evaluada (ACNUR, 2010; TJUE, 2014). El tercero requiere que le solicitante sea evaluado por un psicólogo o un psiquiatra para determinar su orientación sexual (Mrazova, 2019; TJUE, 2018).

En el caso A, B & C vs. el Ministerio de Justicia de Holanda, el TJUE (2014) sostuvo que, aunque la declaración de los solicitantes es sólo el punto de partida para determinar la pertenencia al grupo social respectivo, el recurso a pruebas falométricas y la narración de prácticas sexuales como formas de evidencia violan la dignidad humana y el derecho a la vida privada de los solicitantes, consagrados en los artículos 1 y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ahora bien, aunque este fallo constituye un avance para la garantía de derechos de los solicitantes LGBTQIA+, Ferreira y Venturi (2018) critican que el Tribunal no otorgue peso suficiente a la autoidentificación.

Por otro lado, en el caso F vs. Oficina de Inmigración y Asilo de Hungría, el TJUE (2018) sostuvo que la aplicación de tests psicológicos para determinar la orientación sexual constituye también una vulneración de la dignidad humana y del derecho a la vida privada. El caso versa sobre un hombre gay de Nigeria a quien le fue denegado el asilo porque el resultado del test psicológico que le fue aplicado arrojó que no era posible determinar su orientación sexual. El TJUE desarrolló una serie de estándares que resultan más garantistas que los criterios esgrimidos en el caso A, B & C (Ferreira y Venturi, 2018).

Primero, el TJUE (2018) hizo referencia expresa al principio de Yogyakarta No. 18 para sostener que ese tipo de exámenes constituyen abuso médico en razón de la orientación sexual. Al respecto, el Tribunal añadió que esta clase de exámenes han sido fuertemente cuestionados por la comunidad científica a nivel internacional, por lo que carecen de fiabilidad.

Segundo, dado el desbalance de poder entre los solicitantes y las autoridades del país de acogida, el Tribunal precisó que difícilmente se puede sostener que el consentimiento para la aplicación de estos tests se otorga de manera libre. Quien solicita asilo se encuentra en una situación de necesidad tal que podría acceder a someterse a procedimientos, u ofrecer motu proprio medios probatorios que vulneran su derecho a la privacidad. Por tanto, corresponde a los funcionarios del Estado de acogida reconocer esa situación de desventaja y no exigirlos ni admitirlos (TJUE, 2018).

Tercero, el TJUE anotó que, para establecer persecución por pertenencia a un grupo social, basta que la característica sea atribuida a la persona; por lo que, como anotan Ferreira y Venturi (2018), estos tests resultarían poco útiles. Cuarto, “la autoidentificación del solicitante podría no requerir medios probatorios adicionales, sobre todo si sus declaraciones son consistentes y plausibles” (Ferreira y Venturi, 2018)²⁶. Quinto, sostuvo el Tribunal, los operadores del sistema de asilo no pueden evadir su obligación de evaluar cada caso trasladando esa carga a terceros ajenos al procedimiento. En consecuencia, es necesario garantizar que aquellos cuenten con las habilidades necesarias para evaluar solicitudes en materia de OSIG, según las características particulares de cada caso (TJUE, 2018).

Los hechos de estos casos evidencian que, en los procedimientos de refugio, los cuerpos de los solicitantes siguen siendo considerados objetos de inspección respecto de los cuales es posible “mapear” la sexualidad (Bruce-Jones, 2021, p. 62). Como sostienen Danisi et al., estos medios de prueba, al igual que las líneas de preguntas excesivamente invasivas, son tan “discriminatorios y degradantes que serían considerados inaceptables si se exigieran a personas heterosexuales y cisgénero, y serían calificados como ofensivos e inapropiados fuera del contexto del procedimiento de determinación de la condición de refugiado” (2021, p. 316).

Este tipo de medios probatorios permanecen anclados en la patologización las OSIG, como si se tratase de enfermedades o trastornos que, en consecuencia, serían pasibles de diagnóstico (Mrazova, 2019). Asimismo, parten de una concepción errónea de la orientación sexual, que la

²⁶ Ferreira y Venturi (2018) cuestionan nuevamente este extremo del fallo, al considerar el Tribunal debió realizar referencia expresa al principio de beneficio de la duda recogido en el Manual de Procedimientos de ACNUR.

reduce a los actos sexuales; cuando, en realidad, constituye un elemento central de lo que las personas *son* e “involucra un complejo de comportamientos, emociones y sentimientos” (Mrazova, 2019, p. 190).

La doctrina coincide en que la mejor forma, desde un enfoque de derechos humanos, para determinar que un solicitante pertenece a la comunidad LGBTQIA+ es confiar en su autoidentificación (ACNUR, 2010; Greenberg, 2017; Ferreira y Venturi, 2018; Danisi et al., 2021). Ello debido a que la orientación sexual y la identidad de género son dimensiones de la identidad que, aunque se pueden manifestar externamente, se experimentan *internamente*, forman parte del mundo psicológico y sexoafectivo de los seres humanos, de su intimidad (Greenberg, 2017; Danisi et al., 2021). Esto es especialmente relevante en el caso de solicitantes de asilo LGBTQIA+, quienes, con frecuencia, “pasan su vida en su país de origen escondiendo su identidad por temor a enfrentar persecución” (Greenberg, 2017).

Desde luego, existen medios probatorios que los solicitantes pueden aportar para respaldar sus declaraciones sobre su pertenencia a la comunidad LGBTQIA+, siempre que no impliquen una intervención desproporcionada de su derecho a la privacidad: “cartas y fotografías con parejas pasadas o actuales, testimonios de miembros de su familia y amigos, cualquier documento que acredite que le solicitante perteneció a o participó como voluntarie con una organización LGBT, cartas de terapeutas o personal médico tratante” [no desde un punto de vista de patologización de las OSIG, sino de conocimiento cercano de la experiencia de vida de le solicitante como persona LGBTQIA+] (Greenberg, 2017, pp. 165-166).

Frente a la ausencia de medios probatorios de este tipo, la respuesta del sistema de refugio no debería ser la incredulidad; sino, como precisamos en el apartado anterior, la aplicación del principio de beneficio de la duda en tanto su testimonio alcance un umbral general –esto es, no irrestricto, atendiendo a las particularidades de estos casos– de credibilidad.

Asimismo, no serán admisibles, además de las *pseudopruebas* a que hemos hecho referencia previamente, videos o fotografías de los solicitantes involucrados en actos sexuales, aun cuando estos hayan sido ofrecidos por ellos; ni que las parejas demuestren afecto frente a los evaluadores, aun cuando estas se ofrezcan a hacerlo (ACNUR, 2012; Bruce-Jones, 2021). Siguiendo el mismo criterio del TJUE (2018) en el caso F vs. Oficina de Inmigración y Asilo de Hungría, es necesario considerar el desbalance de poder que existe entre los funcionarios del país de acogida y los solicitantes, así como la obligación de los primeros de respetar y garantizar la dignidad humana y el derecho a la privacidad de los solicitantes.

Ahora bien, aunque para Ferreira y Venturi (2018) la sola autoidentificación debería bastar, ACNUR (2012) ofrece un punto medio entre esta postura y la exigencia de ofrecer medios probatorios adicionales. Al respecto, sostiene que, en las entrevistas, es posible indagar sobre las declaraciones de le solicitante en torno a la pertenencia a la comunidad LGBTQIA+. Sin embargo, apunta que “no existe una fórmula mágica de preguntas para hacer y ningún conjunto de respuestas ‘correctas’” (2012, párr. 63).

Lo importante es no recurrir a estereotipos, esencialismos y prejuicios sobre las experiencias LGBTQIA+, ni a preguntas invasivas sobre la sexualidad, que podrían constituir un trato discriminatorio y atentatorio del derecho a la privacidad y la integridad personal de les solicitantes. Asimismo, resulta clave no castigar la credibilidad de le solicitante por no encajar en las ideas preconcebidas sobre cómo se experimentan las OSIG. ACNUR sostiene que las entrevistas deberán realizarse en una de manera “sensible e individualizada” y propone explorar –sin hacer referencia a prácticas sexuales– cómo le solicitante y su entorno entienden y se relacionan con su orientación sexual o identidad de género (2012, párr. 62).

Ahora bien, es clave recordar les solicitantes no sólo tienen que acreditar la pertenencia a un determinado grupo social o algún otro motivo protegido por la Convención; sino, además, que se encuentran en riesgo de ser perseguides *a causa de* ese motivo. Cuando los tengan disponibles, algunos medios probatorios para acreditar la persecución pueden incluir “copias de órdenes de arresto o sentencias judiciales emitidas en razón de la orientación sexual de le solicitante, fotografías y pruebas médicas de lesiones, quejas presentadas a su defensore del pueblo o a instituciones de derechos humanos, anuncios policiales”, entre otros (Mrazova, 2019, p. 187).

No obstante, como hemos precisado antes, que estos medios probatorios no se encuentren disponibles no implica que la solicitud deba ser desestimada, sino que, corresponderá aplicar el beneficio de la duda en tanto y en cuanto las declaraciones ofrecidas puedan ser consideradas creíbles en líneas generales. Al evaluar la credibilidad, deberán tomarse en cuenta las circunstancias particulares de los casos de persecución por OSIG, respecto de la cual difícilmente puede ofrecerse un testimonio absolutamente coherente. Asimismo, les entrevistadores deberán evitar conducirse de manera tal que narrar estos hechos se convierta en una experiencia retraumatizante. No tomar estas medidas de cuidado podría generar serias afectaciones sobre la salud mental de les solicitantes y, en consecuencia, una vulneración de su derecho a la integridad (Raj, 2017).

**c. Valoración de la información disponible sobre el país de origen:
romper la falsa dicotomía entre “zonas de vida” y “zonas de muerte”**

En el caso *B & C vs. Suiza*, en concordancia con las Directrices de Protección Internacional No. 9 de ACNUR, el TEDH (2020) sostuvo que corresponde a las autoridades del país de acogida evaluar la situación del país de origen por iniciativa propia. Eso incluye evaluar cómo son aplicadas las normas que criminalizan las OSIG en la práctica. Asimismo, en los casos *Uttam Mondal vs. Suecia* y *M. I. vs. Suecia*, los Comités CAT (2011) y de DDHH (2013) hicieron énfasis en la obligación del Estado de evaluar conjuntamente toda la información disponible sobre el tratamiento dado a las personas LGBTQIA+ en el país de origen. Así, no basta con sólo comprobar si existen normas que criminalizan las OSIG o si estas se aplican o no en la práctica; sino que, de encontrarse esta información disponible, debe analizarse la realidad social que enfrenta este grupo y la forma en que el sistema jurídico interactúa con ese contexto.

Dos problemas en torno a la información sobre el país de origen es la escasez de esta o la “evaluación poco realista” de la que se encuentra disponible (ACNUR, 2010, párr. 23). En cuanto a lo primero, según explica LaViolette (2017) corresponde considerar que existe muy poca información sobre los niveles reales de persecución que las afecta a las personas LGBTQIA+. Ello se debe a factores como la renuencia de las propias entidades estatales para documentar las violaciones de derechos contra esta población, así como las dificultades de carácter social y económico encontradas por las organizaciones de derechos humanos para revelar información sobre abusos de derechos humanos por OSIG. Respecto de aquellas latitudes donde existe criminalización y violencia sistemática contra esta población, los adjudicadores cuentan con muy poca información objetiva disponible para adoptar una decisión. Lamentablemente, en ocasiones, se considera que la ausencia de esa información evidencia que le solicitante no ha sufrido persecución (LaViolette, 2017).

En relación con este primer problema, ACNUR (2010) precisa que cuando no exista información suficiente sobre el país de origen, eso no debe conducir a la conclusión de que la solicitud carece de mérito o que se trata de un país seguro las personas LGBTQIA+; sino que corresponderá analizar las declaraciones del solicitante.

Otra cuestión referida a la información sobre el país de origen se vincula a una clasificación rígida entre países “seguros” e “inseguros”. Esta división suele darse en atención a la lista de países que criminalizan a las personas LGBTQIA+: si un país se encuentra fuera de la lista, entonces se considera que es seguro y, por tanto, no existe persecución (Tastsoglou & Nourpanah, 2019). Así, los adjudicadores tienden a confundir la ausencia de criminalización con el nivel de

protección y seguridad que en la práctica se garantiza. Esto pierde de vista que, en muchos países, la homofobia y la transfobia se encuentran enraizadas y solapadas en las instituciones y en la comunidad.

Como sostiene Bruce-Jones, corresponde **“cuestionar la creencia de que donde existen derechos, la justicia está destinada a seguirlos”** (2021, p. 56). [énfasis agregado] Asumir que la despenalización de las OSIG o, incluso, la aprobación de normas y políticas garantistas se traducen un contexto social seguro y la disponibilidad de protección estatal efectiva responde a **“una mirada plana y empobrecida de la sociedad”** que no toma en cuenta **“las contingencias y las relaciones de poder que dan forma no sólo a las experiencias de la sexualidad, sino a las experiencias que se encuentran en la confluencia del Derecho, la política, el género, la sexualidad, la raza, la clase, etc.”** (Bruce-Jones, 2021, p. 56). [énfasis agregado]

2.3. Derribar la “superfrontera” de exclusión: de la humanización a la *queerización* del DIR

Los casos revisados en el apartado anterior evidencian una marcada contradicción entre cómo Europa y los países anglosajones se presentan ante el mundo y cómo actúan en la práctica respecto de los derechos humanos de las personas LGBTQIA+. La clasificación radical de los países del Norte Global como países **“desarrollados”** en derechos humanos LGBTQIA+ y los del Sur Global como **“retrasados”** necesita ser revisada (Güler, Shevtsova y Venturi, 2019, p. 350). En realidad, los primeros no constituyen **“safe heavens”** o espacios de salvación para quienes requieren protección internacional por OSIG (Bruce-Jones, 2021). Se trata de una sobresimplificación de la realidad que parte de una comprensión limitada sobre cómo operan los sistemas de opresión (Güler, Shevtsova y Venturi, 2019).

Esa percepción errónea del Norte Global tiene consecuencias nefastas para quienes huyen de la discriminación y la violencia por OSIG. Se trata de miradas reduccionistas del mundo que

dan forma a las vidas y aspiraciones de cientos de personas queer forzadas a dejar sus países y enrumbarse hacia territorios y destinos usualmente desconocidos, persiguiendo presumiblemente mejores condiciones de vida. En los peores casos, sus viajes tienen finales fatales; sin embargo, aun cuando llegan al país deseado, irónicamente, sus condiciones de vida no mejoran significativamente. La pobreza, el estigma, la inhabilidad de integrarse en la comunidad de acogida, el constante riesgo de deportación y la necesidad de probar su sexualidad e identidad de género se convierten en sus constantes compañeros (Mrazova, 2019, p. 350).

Al respecto, Bruce-Jones nos invita a romper con la división dicotómica entre “zonas de vida” y “zonas de muerte” (2019, pp. 58-59). Retomando los planteamientos de Balibar y Fanon, el autor nos recuerda que en el mundo impera una “*superfrontera*” que trasciende a las demarcaciones geopolíticas; y que categoriza y divide a las personas según las reglas de la cisheteronormatividad, la xenofobia, el racismo y la aporofobia (Bruce-Jones, 2019, p. 58). Cuando estas formas de opresión se intersecan en la vida de las personas, el resultado es una profunda desprotección del Derecho y las instituciones públicas, sin importar dónde se encuentren. En suma, se trata de abandonar la noción eurocéntrica y colonialista de que estas opresiones pertenecen sólo a determinados espacios para entenderlas, más bien, como estructuras de violencia que persiguen a las personas en sus desplazamientos (Bruce-Jones, 2019, p. 58).

Aunque la complementariedad entre el DIDH y el DIR resulta clave para empezar a derribar esta *superfrontera*, no resulta suficiente. Para atender a las vulneraciones de derechos humanos que enfrentan las personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio, es necesario complementar el DIR y el DIH desde miradas críticas (Millbank, 2013; Raj, 2017). De lo contrario, la humanización del DIR se dará sólo en un plano formal; por ejemplo, reconociendo de manera general a las OSIG como categorías protegidas frente a la persecución; pero eso no se traducirá en las prácticas del sistema, esto es, adaptándolo a las realidades y vivencias queer para garantizar la efectividad de los estándares de derechos humanos en el transcurso de todo el procedimiento.

Como proponen Millbank (2013) y Raj (2017), lograr una transformación efectiva y perdurable en las prácticas del sistema requiere virar hacia una “interrelación crítica” entre el DIR y el DIDH mediante la incorporación de las teorías queer. Así, mientras el DIDH es la fuente normativa que hace posible desanclar el DIR de su “lógica de exclusión” hacia una de inclusión (Danisi et al., 2021, pp. 53, 59), a través de una interpretación del DIR desde los principios de universalidad e igualdad y no discriminación; las teorías queer nos aproximan de manera cercana a cómo debería verse y practicarse esa inclusión respecto de las personas LGBTQIA+ en específico (Danisi et al., 2021). En última instancia, *una verdadera humanización del DIR requiere su queerización*, esto es, transversalizar los enfoques de diversidad sexual y de género en los sistemas de refugio para garantizar el derecho de asilo sin discriminación hacia las personas LGBTQIA+.

CAPÍTULO III: LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO DE ADOPTAR MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA PREVENIR VULNERACIONES DE DERECHOS CONTRA PERSONAS LGBTQIA+ EN EL SISTEMA DE REFUGIO

En el capítulo anterior, nos referimos a la existencia de una “superfrontera” de exclusión y violencia que se extiende por todo el mundo, dividiendo a las personas sobre la base de motivos como su origen nacional y su orientación sexual (Bruce-Jones, 2021). Esta noción que rompe con la falsa dicotomía entre “zonas de vida” y “zonas de muerte” (Bruce-Jones, 2021), nos ha permitido identificar que, incluso en Estados que son catalogados como altamente garantistas de los derechos de las personas LGBTQIA+, los sistemas de refugio son espacios donde la cisheteronormatividad persiste.

En este capítulo, dirigimos la mirada hacia Latinoamérica, una región con un extenso historial de discriminación estructural contra las personas LGBTQIA+ (CIDH, 2015; 2018; De Grazia, 2020; Chaves García y Ester, 2021) y que ha experimentado un flujo de migración forzada sin precedentes a causa de la crisis humanitaria vivida en Venezuela (Koechlin y Eguren, 2018; Gandini et al., 2019; Blouin, 2019; Berganza et al., 2020). Los aún escasos estudios que dan cuenta de la situación de las personas LGBTQIA+ en situación de movilidad en la región han empezado a dar cuenta de las barreras agravadas que este grupo enfrenta para acceder a protección internacional, así como a derechos económicos, sociales y culturales (Bula Beleño y Cuello Santana, 2019; Pérez et al., 2020; Scuzarello, 2020; Bavo, 2020).

A diferencia de Europa, el ámbito interamericano no cuenta con un sistema común de asilo que reconozca las OSIG como categorías protegidas, ni con jurisprudencia de alcance regional que se refiera en específico a la situación de solicitantes de asilo LGBTQIA+.

En esta región, Perú es un foco de análisis particularmente relevante no sólo por tratarse del país con mayor número de solicitudes de refugio de personas de origen venezolano (R4V, 2021), sino porque, además, constituye un escenario particularmente retador para la garantía de derechos de les solicitantes de refugio LGBTQIA+: su sistema de refugio opera en un contexto general de discriminación estructural hacia las personas LGBTQIA+ (Guerra Vilcapoma, 2022) y hacia las personas en situación de movilidad de origen venezolano (Amnistía Internacional, 2020; Bravo, 2020).

Aunque la información sobre el nivel de garantía de los derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en el procedimiento de refugio peruano es escasa; desarrollamos el análisis apoyados en el único trabajo de investigación identificado sobre este tema específico (Scuzarello, 2020), así como en una respuesta a una Solicitud de Acceso a la Información Pública (SAIP) formulada

a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano encargado de conducir el procedimiento de refugio, así como de otorgar una forma de protección complementaria: la calidad migratoria humanitaria.

En el presente capítulo, sostenemos centralmente que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de derechos contra las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio. Primero, nos referimos al contexto de discriminación estructural que enfrentan los solicitantes de refugio LGBTQIA+ en el Perú. En segundo lugar, analizamos cómo responde el sistema de refugio peruano frente a las personas LGBTQIA+ que requieren protección internacional, tanto respecto del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado como del procedimiento para el otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria. En tercer lugar, nos referimos al contenido de la obligación estatal de adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de los derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio y protección complementaria. Finalmente, proponemos tres enfoques y tres medidas para dar solución a los problemas identificados.

1. En la intersección de múltiples formas de exclusión: las situaciones de discriminación estructural enfrentadas por los solicitantes de refugio LGBTQIA+ en el Perú

Frente al aumento de los flujos migratorios a niveles nunca antes vistos en el país; políticas, funcionarios públicos, medios de comunicación y la opinión pública se retroalimentaron entre sí en la producción y reproducción de discursos y prácticas xenófobas; que evidenciaron un abandono de la percepción de las personas venezolanas como sujetos que requieren protección para entenderlas como amenazas a la estabilidad socioeconómica y la seguridad del país (Freier et al., 2021; Idehpucp, 2021; IOP PUCP 2020; Pérez et al., 2020; Miranda Pérez, 2020; Oxfam, 2019).

Esa xenofobia a nivel social, político e institucional fue una de las causas centrales para el viraje desde una política de apertura hacia una de control migratorio (Blouin, 2021; Aron Said y Castillo Jara, 2020). Uno de los efectos de la adopción de este enfoque han sido el incremento de las intervenciones policiales y de las expulsiones arbitrarias de personas venezolanas (Bahar et al. 2020; Castro y Mejía; 2020; Pérez et al. 2020; Coordinadora Nacional de Derechos Humanos et. al, 2020). Otra de sus consecuencias: la precarización de las fórmulas jurídicas que permitían su ingreso y permanencia en el territorio nacional (Blouin, 2021; Luzes et al., 2021; Blouin y Freier, 2019; Koehlin et al, 2018).

Esa situación de precariedad jurídica responde en parte a las limitaciones de las categorías jurídicas existentes para calificar a las personas provenientes de Venezuela. Ni la categoría

“migrante” –entendida esta como una persona que se desplaza internacionalmente de manera voluntaria – ni la categoría “refugiado” en su sentido clásico resultan adecuadas para calificar este desplazamiento (Blouin y Button, 2018; Blouin, 2019).

Dado que las causas del desplazamiento venezolano son “complejas y pluridimensionales”, en tanto “se trata de una migración frente a (...) la inseguridad económica y la inseguridad personal latente existente en el país” (Blouin, 2021, p. 16), su situación sería mejor entendida bajo el concepto de migración forzada (Blouin, 2019; Koechlin y Eguren, 2018; CIDH, 2018). Sin embargo, se trata de una noción que “no es definida por el derecho internacional y, como consecuencia, las personas no cuentan con un reconocimiento legal” en virtud de esta (Gzesh citado por Blouin, 2019, p. 17).

Sin vías jurídicas que les permitan acceder a formas regulares de permanencia y a un carné de extranjería –único documento emitido por el Estado que se reconoce como un documento de identidad para todos sus efectos–, las personas venezolanas en Perú enfrentan una precariedad material que se traduce en barreras para acceder a derechos como educación, salud y empleo (Luzes et al. 2021; Blouin, 2021; Blouin y Freier, 2019).

La precariedad alcanzó un nivel tal, que, para muchas de estas personas, solicitar refugio se convirtió en la única alternativa para permanecer en el país de manera regular (Blouin, 2021; Blouin y Freier, 2019; Koechlin et al, 2018). No obstante, el sistema de asilo está influido también por la política de control migratorio (Blouin, 2021). Esto ha tenido como resultado que un número reducido de condiciones de refugiado hayan sido reconocidas –poco más de 4 mil– y que más de medio millón de solicitudes se encuentren pendientes (OIM y ACNUR, 2022; Blouin, 2021; Amnistía Internacional, 2020; Blouin y Freier, 2019). Así, el ser solicitante de asilo ha pasado de tener un carácter temporal a convertirse en “un estatus casi permanente” (Blouin, 2021, p. 156).

En tanto los solicitantes tampoco no tienen acceso a un carné de extranjería –sólo se les otorga un carné de solicitante, que no es reconocido como un documento de identidad–, su acceso a derechos se encuentra limitado (Luzes et al., 2021). Aunque la Ley de Refugiado establece que pueden recibir una autorización para trabajar; este documento no es otorgado en todos los casos y no siempre es reconocido como suficiente para ejercer alguna profesión u oficio (Luzes et. al, 2021).

Por otro lado, corresponde considerar que las personas LGBTQIA+ en el Perú enfrentan una marcada exclusión a nivel social, jurídico e institucional. La cisheteronormatividad permea las instituciones públicas a tal punto que hasta el momento no ha sido aprobada una política pública

integral para garantizar los derechos humanos de este colectivo (Guerra Vilcapoma, 2022); ni han sido aprobadas leyes que protejan a este grupo contra los crímenes de odio (Espino Layza y Lazo Rivera, 2021), garanticen el derecho a la identidad de género de las personas trans (Lengua Parra, 2019; Guerra Vilcapoma, 2022) o reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo (Zelada y Gurmendi Dunkelberg, 2016; De Belaúnde de Cárdenas, 2021).

Al mismo tiempo, la violencia y otras prácticas discriminatorias contra personas LGBTQIA+ no sólo son toleradas, sino también ejercidas por funcionarios públicos (No tengo miedo, 2016; Guerra Vilcapoma, 2022; Corte IDH, 2020). Ese estado de cosas se agrava aún más a causa de la tendencia institucional de dejar dichas conductas en la impunidad (Corte IDH, 2021; Espino Layza y Lazo Rivera, 2021; Guerra Vilcapoma, 2022).

Es central reconocer que la discriminación sistémica contra personas de origen venezolano tiene impactos diferenciados sobre quienes, además de pertenecer a esta población, son personas LGBTQIA+. Al respecto, Bravo (2020), en el primer estudio sobre la materia en el país, reporta que las personas venezolanas LGBTQIA+ enfrentan situaciones agravadas de estigma, exclusión y violencia, en ocasiones a manos de funcionarios públicos. Les entrevistades reportaron dificultades para acceder a una vivienda digna, a servicios de salud y a oportunidades laborales. Asimismo, todas las personas entrevistadas reportaron haber soportado violencia a causa de su origen nacional y/o su orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

2. El sistema de refugio peruano frente a las personas LGBTQIA+ que solicitan protección internacional

2.1. El abordaje de solicitudes por OSIG en el procedimiento de determinación de la condición de refugiade

El procedimiento de determinación de la condición de refugiade se encuentra regulado por la Ley de Refugiade, Ley 27891; y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No 119-2003-RE. La Ley recoge tanto la definición clásica de refugiade como la definición ampliada de Cartagena²⁷:

Artículo 3°.- Definición de Refugiado

Se considera como refugiado:

²⁷ En el inciso c del artículo 3, la ley recoge una tercera definición sobre la que no nos detenemos en este trabajo. Dicha definición se refiere a les refugiades *sur place* –aquelles sobre quienes sobreviene un riesgo de persecución en su país de origen, luego de haber ingresado al territorio nacional (Rubio, 2001).

a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un 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.

b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público (Congreso de la República, 2002).

Pese a que las personas venezolanas forzadas a huir calificarían como refugiadas bajo el estándar de la definición ampliada, el Estado peruano ha decidido no aplicarla respecto de ellas (Blouin, 2021; Berganza et al., 2020; Amnistía Internacional, 2020; ACNUR, 2019). Esa reticencia evidencia una marcada contradicción entre las políticas a nivel exterior e interno del Estado peruano: mientras en el ámbito internacional ha condenado la crisis de derechos humanos en Venezuela, en el ámbito interno opta por desconocerla (Blouin, 2021; Berganza et al. 2020). Así, el enfoque social que inspira la definición de Cartagena es desplazado por el enfoque individualista de la definición de la Convención de 1951.

En consecuencia, a fin de aproximarnos a los estándares de calificación y tratamiento de las personas LGBTQIA+ que solicitan refugio en el Perú, centramos el análisis en la definición clásica de refugiado.

Uno de los pocos trabajos de investigación –sino el único– que indaga sobre el abordaje de las OSIG en el sistema de refugio peruano es la tesis de Scuzarello (2020). El autor analiza el tratamiento dado a las personas LGBTQIA+ en los sistemas de refugio de cinco países de América del Sur –Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y Perú. El estudio tuvo como base la realización de encuestas con preguntas cerradas y abiertas a académicos, funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil que trabajan con personas refugiadas LGBTQIA+. El principal hallazgo: sólo Argentina y Brasil siguen interpretaciones normativas y prácticas institucionales respetuosas de los derechos humanos de los solicitantes LGBTQIA+, mientras que Chile, Ecuador y Perú evidencian fallas severas en la aplicación de las normas de asilo respecto de este colectivo.

En el caso de Chile, encontró que el sistema de asilo exigió a una solicitante trans la presentación de un certificado psicológico para acreditar su identidad de género (Scuzarello, 2020). Asimismo, halló que, en Chile y Ecuador, las falencias son principalmente procedimentales, en tanto sí se reconoce a las OSIG como categorías merecedoras de protección bajo el estatuto de refugiado; pero el tratamiento dado en la práctica es discriminatorio (Scuzarello, 2020).

En el caso de Perú el autor identificó que, además de fallas procedimentales, que se manifiestan en funcionarias “con muchos estereotipos, preguntas innecesariamente intrusivas y (...) prácticas vejatorias”; existen “*fallas teóricas*”, en tanto no se consideran a los motivos LGBTQ+ como suficientes para adquirir el estatus” (Scuzarello, 2020, p. 43). Por un lado, las personas encuestadas reportaron que les solicitantes LGBTQIA+ que declaran abiertamente su OSIG “enfrentan preguntas intrusivas sobre sus actividades sexuales y su vida en pareja” (Scuzarello, 2020, p. 40); mientras que otras, conscientes del clima LGBTQ+fóbico en el país, deciden ocultarla, con la esperanza de mejorar sus posibilidades de obtener asilo (Scuzarello, 2020).

Por otro lado, según reportaron las personas encuestadas, las personas LGBTQIA+ que habrían recibido protección internacional la obtuvieron bajo motivos distintos a la pertenencia a un determinado grupo social, como la opinión política. Sin embargo, uno de los expertos identifica que no es posible conocer con precisión los criterios seguidos por la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR), dado que la motivación de sus decisiones es “nula o escasa” (Scuzarello, 2020, p. 36).

El autor identifica, además, que las personas trans encuentran barreras particulares en el procedimiento (Scuzarello, 2020). Al respecto, una de las expertas señaló que, aunque a estas personas se les permite registrar su nombre social al momento de presentar su solicitud; de reconocerse su condición de refugiadas, el carné de extranjería es emitido con su nombre legal, a causa de “un vacío legal en cuanto a la identidad de personas trans en el país” (Scuzarello, 2020, p. 36). Por otro lado, otra encuestada reportó que atendió el caso de una persona trans venezolana que se encuentra en situación de total desprotección a causa de un sistema que no reconoce sus derechos y no entiende sus necesidades (Scuzarello, 2020).

A fin de continuar indagando sobre los estándares de calificación y tratamiento hacia personas LGBTQIA+ en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, realizamos una solicitud de acceso a la información pública (SAIP)²⁸ a la Dirección de Derechos

²⁸ Respuesta a SAIP No. 000414-2021, remitida mediante Carta (TAI) No. 0-2-B/1093 de 25 de agosto de 2021.

Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE). La Presidencia y la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR) se encuentran a cargo de esta Dirección²⁹.

La Dirección respondió afirmativamente a la pregunta sobre si la CEPR ha recibido solicitudes de refugio donde la persecución alegada se deba a motivos de orientación sexual, así como por motivos de identidad de género. Asimismo, señaló que ha otorgado y denegado solicitudes de refugio sobre la base de OSIG, pero que conserva sus resoluciones “en estricta confidencialidad”³⁰. Finalmente, declaró que no realiza una sistematización de estos casos que permita identificar cuántos han sido presentados y resueltos, ni qué líneas argumentativas –si acaso existiera alguna consistencia de motivación identificable– sigue la Comisión para resolver estos casos³¹.

Cabe precisar que, si bien el principio de confidencialidad se encuentra reconocido como una garantía del debido proceso en los procedimientos de refugio (Corte IDH, 2013; CIDH, 2020), la observancia irrestricta de este principio puede, de hecho, contribuir a una mayor desprotección de los solicitantes de asilo. Aunque esta es una práctica común en muchos Estados alrededor del mundo, como advierten Millbank (2013) y Berganza et al. (2020), una mirada cuasi absoluta de dicho principio dificulta conocer las falencias, silencios y puntos ciegos para la garantía de derechos en los sistemas de asilo, así como la elaboración de medidas eficaces para hacerles frente.

La SAIP presentada tomó en consideración esta perspectiva restrictiva e hizo notar a la entidad que es posible encontrar puntos medios entre la garantía de este principio y otros derechos, como el acceso a la información pública. La alternativa ofrecida fue ocultar los datos personales de los solicitantes, así como cualquier otra información que les hiciera reconocibles.

En consecuencia, la Dirección concedió en parte este extremo de la solicitud y adjuntó una resolución. Dicha resolución reconoce el estatuto de refugiada a una mujer queer que declaró haber sido víctima de “señalamiento, burla y trato degradante (...) en razón de su condición homosexual”³². Asimismo, el documento registra que la solicitante declaró que el tratamiento discriminatorio que soportó tanto en su empleo como en espacios públicos tuvieron un impacto perjudicial sobre su integridad a un nivel tal que “su vida en dicho país se hizo insostenible”³³.

²⁹ Inciso I del artículo 99 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 135-2010-RE.

³⁰ Respuesta a pregunta 2.

³¹ Respuestas a preguntas 1 y 2.

³² Anexo Respuesta a SAIP No. 000414-2021, p. 2.

³³ Id.

La CEPR consideró, además, como hechos relevantes, que la solicitante fue víctima de violencia sexual durante su niñez y que a los a los 15 años tuvo que abandonar su casa, a causa de la violencia física, psicológica y verbal infligida por miembros de su propia familia³⁴. La Comisión tomó en cuenta también el grave deterioro de la salud mental de la solicitante como consecuencia de la discriminación y violencia constantes que soportó, la cual se manifestó en depresión, ansiedad y un intento de suicidio³⁵. Finalmente, la persecución alegada por la solicitante habría tenido también un elemento político, toda vez que sus jefes habrían señalado que su orientación sexual “era una vergüenza para la Revolución”³⁶.

Todas las aristas de este caso requieren un análisis de las múltiples violaciones de derechos de humanos a las que fue sometida la solicitante, que, en conjunto, calificarían como persecución por orientación sexual, así como por algún otro motivo prohibido reconocido en la definición clásica. Sin embargo, la motivación de la CEPR sólo se limita un recuento de los hechos e, inmediatamente después, concluye que existen elementos suficientes para reconocer la condición de refugiada.

En consecuencia, no podemos conocer cuáles fueron las valoraciones de la CEPR en torno a las alegaciones de la solicitante. Tampoco es posible saber si ofreció o le solicitaron medios probatorios adicionales, ni cómo estos habrían sido valorados por la Comisión. Adicionalmente, la CEPR no revela si consideró los niveles de protección de derechos humanos en su país de origen o si observó la interseccionalidad de las opresiones por género, orientación sexual, el haber sido víctima de violencia sexual y el estado de salud mental.

La ausencia de una debida motivación podría ser especialmente problemática en aquellos casos donde la solicitud de refugio es denegada, lo cual, a su vez, constituiría una vulneración del derecho al debido proceso (Corte IDH, 2018; 2013; CIDH, 2020).

Sin perjuicio de lo anterior, las respuestas de la Dirección a las preguntas formuladas en la SAIP otorgan algunas luces sobre los criterios que serían seguidos por la CEPR en la resolución de estos casos. Así, en cuanto al estándar de calificación, la Dirección señaló que las OSIG “[s]í son consideradas como motivos de persecución bajo la figura del grupo social”³⁷ y que estas

serán motivo de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que exista una persecución o temor razonable de sufrirla, o que el acoso que sufre una persona es tan

³⁴ Ibid., p. 1.

³⁵ Ibid., pp. 1-2.

³⁶ Ibid., p. 2.

³⁷ Respuesta a SAIP No. 000414-2021, respuesta a pregunta 3.

constante que puede resultar asimilable a una persecución y siempre que se presente la indefensión frente a las autoridades del Estado³⁸.

Sobre el estándar de tratamiento –nos referimos aquí a esta noción en sentido laxo, como todas aquellas medidas adoptadas para garantizar los derechos humanos de les refugiades LGBTQIA+ en el procedimiento–, la Comisión sostuvo centralmente lo siguiente: por un lado, respondió que; aunque sí seguiría enfoques de derechos humanos, género y diversidad sexual, no cuenta con una directiva, protocolo o lineamiento interno para procesar estos casos³⁹.

Asimismo, señaló que les solicitantes de asilo LGBTQIA+ “que requieren algún tipo de soporte son derivados a las diversas instituciones estatales o de la sociedad civil con competencia para atender la problemática que en particular los afecta”⁴⁰. Sin embargo, precisó que no existe ningún protocolo específico que regule estas derivaciones.

Ahora bien, es posible identificar inconsistencias entre lo respondido por la SAIP y lo hallado por Scuzarello en su investigación; puntualmente, en torno al reconocimiento de las OSIG como categorías protegidas por la definición de refugiade y en torno al seguimiento de enfoques de derechos humanos, de diversidad sexual y de género.

Sin embargo, de ello no necesariamente se desprende que alguna de estas dos fuentes haya faltado a la verdad. Estos contrastes podrían responder, más bien, a lo señalado por Jenni Millbank (2013) en su análisis de los avances y retrocesos para la protección de derechos de les refugiades LGBTQIA+ en los sistemas de asilo. Lo que la autora encuentra es que la permeabilidad a la garantía de derechos de este grupo, incluso en los sistemas más garantistas, es inconsistente, con funcionaries y sectores reticentes a modificar sus prácticas. Esto puede verse especialmente agravado en realidades como la peruana, donde no existen protocolos al respecto ni tampoco se encuentra garantizada la predictibilidad de las decisiones mediante un seguimiento de los criterios seguidos.

2.2. El abordaje de solicitudes por OSIG en el procedimiento de otorgamiento de la calidad humanitaria

Junto a la protección internacional derivada la confición de refugiade, en el país coexisten dos formas de protección complementaria: la calidad migratoria especial y la calidad migratoria humanitaria (Blouin, 2021; Blouin y Freier, 2019; Briceño et al., 2020). Nos detendremos a

³⁸ Íd.

³⁹ Íbid., respuesta a pregunta 8.

⁴⁰ Íbid., respuesta a pregunta 10.

analizar sólo la segunda, dado que se encuentra estrechamente vinculada con el sistema de refugio nacional, que es el foco de análisis en este apartado.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la calidad migratoria especial es otorgada por la Superintendencia Nacional de Migraciones⁴¹. Se trata de un régimen excepcional, dado que se concede “a personas extranjeras que se encuentran en extrema situación de vulnerabilidad”; y de naturaleza residual, dado que se aplica cuando “ninguna otra calidad migratoria pueda permitir la permanencia de quien la solicita en territorio nacional”⁴².

Por otro lado, es importante anotar que la calidad migratoria humanitaria se otorga mediante dos procedimientos diferentes: (i) en virtud de la solicitud de visa humanitaria, para aquellas personas que se encuentran fuera del territorio nacional (Briceño et al., 2020); y, (ii) como una forma de protección internacional a la que sólo se puede acceder luego del ingreso al territorio (Blouin y Freier, 2019). Dado el tema que nos ocupa, en este apartado, nos detenemos en esta segunda vía⁴³.

Esta vía se encontró pendiente de regulación (Blouin y Freier, 2019) hasta junio de 2021, cuando fueron aprobados los *Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de la Calidad Migratoria Humanitaria* mediante Resolución Ministerial No. 0207-2021-RE. Dichos lineamientos establecen que se trata de una calidad que es otorgada de oficio por la Dirección de Derechos Humanos y la Dirección de Política Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores⁴⁴, respecto de dos grupos de personas: (a) “quienes no reúnen los requisitos para la protección de asilado o refugiado y se encuentren en una situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos humanos” y (b) “solicitantes de refugio o asilo”⁴⁵.

⁴¹ Artículo 230.3 del Reglamento de la Ley de Migraciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 007-2017-IN.

⁴² Id.

⁴³ Artículo 29.2.k del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones.

⁴⁴ Artículo 29.2.k del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones; y numeral 5.1 de los Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de la Calidad Migratoria Humanitaria, aprobados mediante Resolución Ministerial No. 0207-2021-RE.

De conformidad con el numeral 4.2 de estos lineamientos, el plazo de permanencia en el territorio nacional es de 183 días y este puede prorrogarse por plazos de hasta 365 días las veces que resulten necesarias en tanto permanezca la situación que gatilló el otorgamiento de la calidad.

⁴⁵ Apartado I de los Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de la Calidad Migratoria Humanitaria, aprobados mediante Resolución Ministerial No. 0207-2021-RE; en concordancia con el Artículo 29.2.k del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones.

El otorgamiento de esta calidad no requiere que les solicitantes desistan del procedimiento de determinación de la condición de refugiado (GTRM, 2022), a la vez que les permite acceder a un carnet de extranjería⁴⁶. Con ello, se abre una puerta de salida de la situación de precariedad en que se encuentran respecto del acceso a derechos como educación, salud y empleo (Luzes, et al.).

Según el Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes (GTRM) Perú y la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V) (2021), alrededor de 50 mil calidades migratorias humanitarias habrían sido otorgadas a diciembre de 2021. Sin embargo, según informa el Instituto de Defensa Legal (IDL) (2021), esta calidad habría sido denegada a miembros de grupos en situación de vulnerabilidad, sin que la CEPR ofreciera una motivación debida.

Es importante considerar que los referidos lineamientos establecen reglas procedimentales, pero no ofrecen criterios de fondo para evaluar el cumplimiento del estándar de calificación de esta calidad migratoria. El único numeral que hace alguna referencia a criterios sustantivos es el 6.3, el cual establece que para determinar la situación de vulnerabilidad han de considerarse las normas pertinentes del Reglamento de la Ley de Migraciones. Al respecto, cabe precisar que el artículo 227 inciso p del referido reglamento reconoce la pertenencia a “la población LGBTI” como un grupo en situación de vulnerabilidad.

No obstante, como podemos observar en las citas textuales previas, la categoría de vulnerabilidad sólo se encuentra comprendida expresamente en el estándar de calificación del primer grupo, pero no respecto de los solicitantes de refugio o asilo. Sobre estos últimos, los lineamientos no ofrecen ninguna pauta en torno a qué criterios son tomados en cuenta para otorgarles esta calidad.

En la solicitud de acceso a la información presentada a la Dirección de Derechos del Ministerio de Relaciones Exteriores, formulamos también algunas preguntas sobre los estándares de calificación y tratamiento de esta calidad respecto de personas LGBTQIA+. Las respuestas de la Dirección en torno a estas preguntas fueron menos precisas que aquellas que indagaron por el estatuto de refugiado; lo que podría deberse en parte a la poca claridad de los propios

De conformidad con el numeral 4.2 de estos lineamientos, el plazo de permanencia en el territorio nacional es de 183 días y este puede prorrogarse por plazos de hasta 365 días las veces que resulten necesarias en tanto permanezca la situación que gatilló el otorgamiento de la calidad.

⁴⁶ Artículo 17 en concordancia con el artículo 29.2.k del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones.

lineamientos, así como a que se trataría de un procedimiento que resulta bastante reciente para sus funcionaries.

Sobre la naturaleza de la protección otorgada en virtud de esta calidad, la Dirección precisó que esta se otorga “como un acto graciable”⁴⁷. Si volvemos sobre lo desarrollado en el primer capítulo, encontramos que la protección complementaria se deriva de la obligación estatal de garantizar el derecho a la no devolución y debe distinguirse de aquella protección que se otorga por razones de mera buena voluntad (Goodwin-Gill y McAdam, 2007). La concepción de la Dirección resultaría problemática, toda vez que denota un entendimiento de esta calidad como una prerrogativa del Estado antes que como lo que realmente es: un mecanismo para el cumplimiento de la obligación internacional de no devolver a personas que podrían encontrar riesgos para su vida, su libertad o integridad personal.

En relación con las OSIG como categorías protegidas por esta calidad, las repuestas de la Dirección son aún más confusas. Si bien señaló que su sistema informático prioriza la atención de casos de personas que se identifican como LGBTQIA+⁴⁸; al preguntarle si la orientación sexual y la identidad de género son consideradas como categorías de vulnerabilidad para el otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria, sostuvo que “la orientación sexual no es considerada como una categoría de vulnerabilidad por sí misma dentro del proceso de calificación de las solicitudes de refugio” y añadió que “en la calificación de las solicitudes de refugio se busca determinar fundamentalmente si existe una situación de persecución o temor fundado de persecución”⁴⁹. Esta repuesta evidencia que la Dirección no seguiría una distinción clara entre los criterios de fondo seguidos para el otorgamiento de la condición de refugiado y aquellos seguidos para el otorgamiento de esta calidad migratoria.

Con ánimos de no colocarnos en el peor escenario frente a múltiples interpretaciones posibles de una respuesta poco exacta; respecto de las preguntas formuladas en torno a la calidad migratoria humanitaria deducimos que la Dirección no tendría criterios claros para valorar la OSIG en el procedimiento para otorgar esta calidad. Esta conclusión se refuerza, además, por el hecho de que, como sucede respecto del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, ha señalado que no cuenta con una directiva, protocolo o lineamiento que

⁴⁷ Respuesta a SAIP No. 000414-2021, respuesta a la pregunta 9. Cabe precisar que la pregunta se refirió específicamente al otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria y no de la condición de refugiado. Esta respuesta errónea podría corresponder también a una distinción poco clara de ambos procedimientos al interior de la Dirección.

⁴⁸ *Ibíd.*, respuesta a la pregunta 7.

⁴⁹ *Ibíd.*, respuesta a la pregunta 6.

incorpore los enfoques de derechos humanos y de diversidad sexual en el procedimiento para otorgar la calidad migratoria humanitaria⁵⁰.

3. La obligación estatal de adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de los derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio

3.1. La obligación de adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos humanos hacia grupos que soportan discriminación estructural

En la Opinión Consultiva OC-25/18, la Corte IDH (2018) señala que la actuación estatal respecto del derecho de asilo y el principio de no devolución deberán regirse por las obligaciones generales de respeto y garantía sin discriminación. La Corte reconoce que ni la Convención ni la Declaración Americanas desarrollan las especificidades de aquellos, sino que es necesario referirse a las normas de DIR y las legislaciones internas de los Estados para operativizarlos. Sin perjuicio de ello, al mismo tiempo, sostiene que en ningún sentido dichas normas podrán aplicarse de manera que menoscaben su garantía ni las demás obligaciones de DIDH contraídas por los Estados (Corte IDH, 2018, p. 121).

Las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos se encuentran contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. El artículo 1 hace referencia a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, mientras que el artículo 2 se refiere a la obligación de adoptar las medidas jurídicas e institucionales necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Tenemos, entonces, cuatro obligaciones generales: (i) respetar, (ii) garantizar, (iii) no discriminación y (iv) adoptar medidas de derecho interno (Salmón Gárate, 2019).

En virtud de la primera obligación, los Estados deben abstenerse de “violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención” (Gross Espiell citado por Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, 2021, p. 151).

Por la obligación de garantizar los Estados deben “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2012, p. 154). Dicho deber se disgrega en las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar (Salmón, 2019).

⁵⁰ Ibíd., respuesta a la pregunta 8.

En particular, el deber de prevención se incumple cuando “se deja a las personas en una circunstancia de indefensión tal que facilita la ocurrencia de afectaciones en su perjuicio” (Salmón Gárate, 2019, p. 55). En consecuencia, este deber abarca “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos” (Corte IDH, 2009, párr. 252).

En cuanto a la obligación de no discriminación, como desarrollamos en el capítulo anterior, se trata de un principio que rige la actuación del Estado, así como de un derecho subjetivo. En tanto principio que ha de informar el cumplimiento de la Convención, la Corte ha sostenido que los tratos arbitrarios o injustificados que restringen derechos y se basan en motivos prohibidos acarrearán responsabilidad internacional (Salmón, 2019).

Por otro lado, la obligación de adoptar no sólo abarca la modificación de normas jurídicas, sino también de prácticas internas. En tal sentido, el Estado se encuentra obligado a, por un lado, suprimir aquellas normas y prácticas que violen, desconozcan u obstaculicen el ejercicio de los derechos humanos; y, por otro lado, emitir normas y desarrollar prácticas que permitan el acceso a, ejercicio y disfrute de los derechos contenidos en la Convención (Salmón Gárate, 2019; CIDH, 2021)

Ahora bien, en el caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* la Corte (2006a) ha precisado que “de estas obligaciones generales derivan **deberes especiales**, determinables en función de las **particulares necesidades de protección** del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la condición específica en que se encuentre” (2009, párr. 11). [énfasis agregado]

Al respecto, en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, la Corte (2009) sostuvo que las mujeres de ciudad Juárez se encontraban en un contexto de discriminación estructural que las hacía particularmente vulnerables frente a violaciones de derechos por motivos de género. Este contexto exigía del Estado la adopción de una serie de medidas para disminuir los factores de riesgo frente a la violencia de género, incluido el fortalecimiento de sus instituciones para brindar respuesta adecuada y oportuna frente a esta forma de violencia (Corte IDH, 2009; Salmón Gárate, 2019).

En Campo Algodonero, la Corte se ha referido explícitamente a la existencia de un deber de prevención específica y una debida diligencia reforzada por parte del Estado (Corte IDH, Salmón Gárate, 2019). Sin embargo, eso no significa que respecto de otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad no corresponda al Estado adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos (Estupiñan-Silva, 2014).

Al respecto, es especialmente relevante lo sostenido por la Corte (2013) en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, donde se refirió al mismo criterio seguido en Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia para sostener que corresponde a los Estados adoptar medidas específicas en el marco de los procedimientos migratorios y de protección internacional para atender a las “necesidades especiales” de las personas en situación de movilidad humana, según las normas del DIDH (2013, párr. 129). La Corte sustenta este razonamiento en el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad histórica que este grupo soporta y que “es mantenida por situaciones **de jure** (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y **de facto** (desigualdades estructurales)” (2013, párr. 129).

A partir de lo sostenido por la Corte, es posible identificar que esta obligación de adoptar medidas específicas no sólo se desprende del principio de la igualdad, que, como hemos visto, exige un tratamiento diferenciado a quienes se encuentren en una situación dispar; sino del principio de no discriminación, que exige la erradicación de las condiciones que generan que ciertos grupos de personas, en razón de rasgos que les son inherentes o situaciones en las que se encuentren, no puedan acceder a y disfrutar de sus derechos humanos plenamente (Corte IDH, 2003; Esparza, 2018; Salomé, 2019).

3.2. La obligación de adaptar las normas y prácticas internas al corpus iuris internacional aplicable a las personas LGBTQIA+ solicitantes de refugio y protección complementaria

Respecto del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en el ámbito interno, resulta clave la noción de control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH, según el cual *todos* los órganos estatales –no sólo el Poder Judicial o los órganos con función jurisdiccional– deben asegurarse de que sus normas y prácticas sean compatibles con las disposiciones del DIDH (Ibáñez, 2012; Bregaglio, 2014).

Esta noción se desprende de la obligación de cumplir los tratados de buena fe, de la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para incumplir tratados⁵¹ (Bregaglio, 2014); así como del principio de efecto útil, a partir del cual los Estados han de velar por que sus disposiciones y prácticas internas no obstaculicen el objeto y fin de la Convención (Hitters, 2008).

En el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte estableció que el parámetro de este control no sólo es el tratado, “sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana”, en tanto esta es “intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH,

⁵¹ Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2006b, párr. 124). Al incluir sus sentencias, la Corte se estaría refiriendo al corpus iuris internacional (Bregaglio, 2014).

En su Opinión Consultiva OC-16/99, la Corte IDH sostiene que el corpus iuris del DIDH “está formado por conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (1999, párr. 115). No obstante, Bregaglio (2014) apunta que, no existe consenso ni a nivel jurisprudencial ni de doctrina sobre si las interpretaciones no vinculantes –esto es, aquellas que son realizadas por los órganos de tratados en ejercicio de una función distinta a la contenciosa– también conforman corpus iuris.

En atención a los principios de soberanía y consentimiento estatal, Bregaglio (2014) se adhiere a la postura de Salmón para concluir que el corpus iuris podría incluir instrumentos no vinculantes como las opiniones consultivas de la Corte IDH, los pronunciamientos de la CIDH y las recomendaciones y observaciones generales de los órganos de tratados del sistema universal, siempre que estos sean recogidos por la Corte en ejercicio de su función contenciosa.

Análogamente, este criterio podría ser aplicado respecto de las decisiones comités de derechos humanos del sistema universal. Dado que, si bien estos son órganos cuasicontenciosos, en tanto no son tribunales ni emiten sentencias propiamente, sino que decisiones respecto de comunicaciones individuales; los Estados aceptan su competencia para que conozcan dichos casos y sus decisiones tienen carácter vinculante (Bregaglio, 2013).

Con respecto al ámbito interno peruano, cabe precisar que la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución establece que sus normas sobre derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Perú. Asimismo, el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley No. 31307, añade que dichos derechos deben interpretarse de conformidad con las decisiones de los tribunales creados por los órganos de tratados de derechos humanos de los que Perú es parte.

Así, si anclamos el análisis en la situación de Perú, que es parte de la CADH y que ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte (OEA, 2022), resultan vinculantes para los órganos estatales nacionales las sentencias de la Corte en materia de OSIG, así como la Opinión Consultiva 24/17, que ha sido recogida en los casos *Azul Rojas Marín vs. Perú*; *Vicky Hernández vs. Honduras*; y *Pavez Pavez vs. Chile* (Corte IDH, 2020, 2021, 2022).

Del mismo modo, los criterios interpretativos seguidos por la Corte en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, posteriormente recogidos en las OC-21/14 y OC-25/18, son vinculantes. Sobre

esta última opinión, cabe precisar que si bien la Corte no ha emitido sentencias en materia de personas solicitantes de asilo y con necesidad de protección internacional con posterioridad a ella; la línea argumentativa desarrollada en dichas opiniones con respecto a este grupo de personas, en particular en relación con el derecho al debido proceso y la prohibición de no devolución, se ancla en lo sostenido por la Corte en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Corte IDH, 2013; 2018).

Asimismo, los criterios de los órganos de tratados del sistema universal en materia de solicitantes de asilo LGBTQIA+ a los que hemos hecho referencia previamente, también serían vinculantes para el Estado peruano. Ello en tanto Perú ha ratificado sus respectivos tratados y aceptado la competencia cuasicontenciosa de los comités (ONU, 2022).

Sin perjuicio de lo anterior, una forma distinta de aproximarnos a los instrumentos y pronunciamientos no vinculantes de los órganos de tratados de derechos humanos es mirarlos; antes que en torno a la pregunta sobre si son elementos del parámetro de control de convencionalidad; como pautas interpretativas que hacen posible a los Estados cumplir con sus obligaciones asumidas en materia de derechos humanos.

Como precisa Nash, la noción de control de convencionalidad obliga a que “las lagunas y antinomias” del derecho interno respecto del DIDH sean resueltas en favor de este último; sin embargo, corresponde a los órganos competentes de cada Estado realizar un “ejercicio hermenéutico en el ámbito de sus competencias” que les permita identificar cómo adecuar sus actuaciones al DIDH (2013, p. 501). Además, explica que no es posible imponer desde el Derecho Internacional el “diseño institucional” que lo haga posible; sino que los Estados tienen discrecionalidad para elegirlo, siempre que este les permita “cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a los derechos en el ámbito interno” (2013, p. 501).

Esta tarea puede resultar particularmente compleja respecto de grupos históricamente relegados por las entidades estatales, cuyas necesidades de protección pueden resultarle lejanas o ajenas. El reto es descifrar cómo deberían verse esas medidas específicas que se encuentran obligadas a adoptar; cómo articular y aterrizar estos estándares vinculantes de manera tal que los derechos humanos de estos grupos alcancen ese umbral de efectividad.

Es en este punto donde los instrumentos no vinculantes emitidos por los órganos de tratados pueden constituir pautas clave. Como vemos posteriormente, los documentos emitidos por la CIDH en materia de movilidad humana construyen sobre la jurisprudencia de la Corte IDH para brindar mayores luces sobre cómo los Estados pueden adoptar medidas específicas para hacer

frente a los desafíos que presentan los desplazamientos forzados de personas desde una perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, aunque ACNUR no es propiamente un órgano creado en virtud del DIDH, sus manuales y guías orientadoras ofrecen criterios centrales para que las entidades estatales puedan cumplir con sus obligaciones de DDHH en el marco de los procedimientos de protección internacional. Más aún, si consideramos, como hemos explicado previamente, que se trata de doctrina autorizada en materia de DIR que se apoya en la relación de complementariedad entre esta rama del Derecho Internacional y el DIDH.

Ahora bien, sobre los principios de Yogyakarta, cabe precisar que, si bien no han sido emitidos por un órgano de tratados, estos han sido recogidos por la jurisprudencia internacional (Lengua Parra, 2019) y son también una importante fuente en la argumentación de ACNUR en materia de refugiades LGBTQIA+.

Finalmente, desde luego, toda la línea jurisprudencial desarrollada en el ámbito europeo no resulta vinculante para los Estados del ámbito interamericano, toda vez que se encuentran fuera del ámbito de aplicación geográfica de los tratados en virtud de los cuales dichas decisiones han sido emitidas (Miltner, 2018). Sin embargo, tal como es posible verificar en la jurisprudencia de la Corte IDH, los criterios seguidos por los tribunales europeos en materia de derechos humanos pueden constituir recursos para argumentar en favor de criterios interpretativos que satisfagan el principio pro persona; sobre todo en aquellos escenarios donde aún no existe jurisprudencia específica de alcance regional (Rodríguez Reveggino, 2017).

3.3. Principios interamericanos para la garantía de derechos de personas LGBTQIA+ con necesidad de protección internacional

A dónde aún no ha llegado la jurisprudencia de la Corte, como sí ha sucedido en el sistema universal y europeo, es a atender la situación específica de las personas LGBTQIA+ que requieren protección internacional. Sin embargo, la CIDH, en virtud de su función de formular recomendaciones a los Estados parte de la CADH para la garantía progresiva de los derechos humanos en su ámbito interno⁵², ha elaborado dos documentos que desarrollan el contenido de la obligación estatal de adoptar medidas específicas respecto de este grupo.

El primer documento es la Resolución 04/19, mediante la cual son aprobados los *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas* (CIDH, 2019). En su preámbulo, estos principios

⁵² Artículo 41.b de la CADH.

enfatan en la obligación de los Estados de garantizar plenamente los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en su territorio, sin discriminación por su condición migratoria. Asimismo, sostienen que “los movimientos migratorios requieren *formas de protección diferenciada e individualizada*”, incluyendo a “las personas LGBTI” (CIDH, 2019, p. 2).

En específico, en el principio No. 8, la Comisión afirma que “[l]as leyes y políticas de migración (...) deben incorporar una perspectiva de género que considere los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan [entre otros grupos] (...) las personas LGBTI en el contexto de la movilidad humana”.

Asimismo, en su principio No. 12, reconoce el derecho a la no discriminación e igual protección ante la ley; y en el No. 13, se detiene específicamente el derecho a la protección contra la xenofobia y otras formas de intolerancia, lo cual abarca el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para erradicar estereotipos y prejuicios “contra las personas sobre la base de su situación migratoria, origen nacional (...) o cualquier otra situación que obre en detrimento de su dignidad humana” (CIDH, 2019, p. 8).

Otros principios relevantes para el tema que aquí abordamos incluyen la “[p]rohibición de toda forma violencia” (principio No. 14); “[i]ntegridad personal y prohibición de tortura y tratados crueles, inhumanos o degradantes” (principio No. 15); y la “[p]rotección de migrantes en situación de vulnerabilidad” (principio No. 16), el cual incluye explícitamente a las personas LGBTQIA+, y recoge la necesidad de adoptar un enfoque interseccional y medidas para erradicar la discriminación estructural que soportan (CIDH, 2019).

El segundo documento clave de la CIDH (2021) se titula *Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria*. Este documento construye sobre los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH sobre la materia y hacen énfasis nuevamente en la necesidad adoptar enfoques diferenciados que atiendan a las necesidades específicas de las personas que requieren protección internacional y se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, entre quienes incluye explícitamente a las personas LGBTQIA+ (CIDH, 2021).

4. Tres enfoques y tres medidas específicas para prevenir las vulneraciones de derechos humanos de las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio peruano

No obstante, estos estándares de derechos humanos aún nos dejan con la pregunta sobre cómo dar forma a esas medidas específicas en el ámbito interno. Como precisamos en el último apartado del capítulo anterior, la doctrina, desde sus perspectivas críticas, ha construido

propuestas valiosas para llenar los vacíos del Derecho Internacional en materia de solicitantes de refugio LGBTQIA+. En este apartado, proponemos aterrizar la noción de complementariedad crítica entre el DIDH y el DIR a la realidad peruana, a través de tres enfoques y tres medidas específicas para prevenir vulneraciones de derechos de las personas LGBTQIA+ en el sistema de refugio nacional.

4.1. Enfoques

4.1.1. Enfoque de derechos humanos: humanizar los procedimientos

El punto de partida es abandonar la idea de que el sistema de refugio tiene como única fuente jurídica a la Convención de 1951, su Protocolo de 1967, y a Ley de Refugiado y su Reglamento. Se trata de reconocer que la fuerza vinculante del DIDH irradia sobre todos los ámbitos del sistema; así como de romper con la lógica de exclusión del DIR alimentada por una política migratoria securitista; para virar hacia la lógica de inclusión del DIDH. En última instancia, el DIDH exige del sistema de refugio nacional dotar a la protección internacional de un “rostro humano” (Domenech, 2013; Blouin, 2021).

Humanizar el procedimiento requiere dejar de ver el refugio como una prerrogativa del Estado, para entenderlo como un verdadero derecho humano que exige del Estado respetarlo y garantizarlo sin discriminación. En particular, el principio de no discriminación requiere dirigir la atención a los puntos ciegos del sistema, a esos espacios de silencio que dejan la puerta abierta a potenciales vulneraciones de derechos. A su vez, ello exige dirigir la atención a aquellos grupos especialmente protegidos por el principio/derecho a la no discriminación, incluidas las personas LGBTQIA+.

La fuerza vinculante del DIDH tiene por efecto que la escasez de normas internas específicas para la protección de los derechos de las personas LGBTQIA+ con necesidades de protección internacional no sea empleada como justificación válida para incumplir con las normas de DIDH al interior del procedimiento. En contraste, exige de los operadores del sistema, en el marco de sus competencias, adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno cumplimiento en todas las etapas del procedimiento, incluidas aquellas medidas destinadas a prevenir vulneraciones de derechos. Para determinar cómo deberán verse esas medidas respecto de las personas LGBTQIA+, será necesario complementar este enfoque general con dos enfoques adicionales.

4.1.2. Enfoque de diversidad sexual y de género: queerizar los procedimientos

Como hemos visto previamente, las personas LGBTQIA+ se encuentran expuestas a vulneraciones particulares de derechos, sustentadas en patrones cisheteronormativos. Un reconocimiento formal de las OSIG como categorías protegidas por la definición clásica no basta para romper con esos patrones. Se trata de estructuras que permean todas las etapas del procedimiento, con estereotipos y prejuicios que conducen a les funcionaries a tener comprensiones limitadas de las experiencias de vida queer.

Así, *queerizar* los procedimientos hace necesario reconocer que garantizar el derecho humano al asilo sin discriminación respecto de las personas LGBTQIA+ requiere seguir miradas diferenciadas sobre las dificultades que encuentran para identificarse como miembros de este grupo; las formas particulares de persecución que soportan; así como las dificultades que enfrentan para ofrecer testimonios absolutamente coherentes y medios probatorios adicionales que corroboren su testimonio. A su vez, requiere el abandono de miradas que patologizan sus identidades y convierten sus cuerpos en objetos de inspección.

En última instancia, *queerizar* los procedimientos implica reconocer a les solicitantes LGBTQIA+ como sujetos plenos de protección por el DIDH, adoptando las medidas necesarias para garantizar que el sistema de refugio no se convierta en un espacio donde existe carta abierta para la vulneración y revulneración de sus derechos.

4.1.3. *Enfoque de interseccionalidad: atender a la diversidad dentro de la diversidad*

Como vimos en el capítulo anterior, asumir enfoques de diversidad sexual y de género sin una mirada interseccional puede tener por efecto la *esencialización* de las experiencias. En el caso de les solicitantes de refugio LGBTQIA+, es necesario entender la interseccionalidad en, al menos, tres sentidos: (i) la convergencia entre necesitar protección internacional y ser una persona LGBTQIA+; (ii) la diversidad de grupos específicos dentro de la comunidad LGBTQIA+; (iii) y la convergencia entre ser una persona LGBTQIA+ y otras identidades o condiciones que las exponen a situaciones de vulnerabilidad (ACNUR; 2010, 2012; Raj, 2017; Danisi et al., 2021).

Así, aunque el hecho de ser solicitante de refugio LGBTQIA+ genera formas particulares de exclusión; estas particularidades serán distintas según se trate de hombres gay, mujeres lesbianas; personas bisexuales, trans, intersex, de género no binario, agéneres; o aquellas que no se identifican con ninguna categoría en particular, pero no experimentan el género ni la sexualidad según los estándares de la cisheteronormatividad (ACNUR; 2010, 2012; Raj, 2017; Danisi et al., 2021).

Se trata de grupos que soportan opresiones distintas; que a su vez influyen de manera diferenciada en cómo se relacionan con sus identidades, cómo responden frente a la persecución que soportan, cómo experimentan el tránsito y qué tipos de barreras enfrentan en las comunidades de acogida. Al mismo tiempo, es clave considerar el “entorno cultural, económico, familiar, político, religioso y social”, los cuales moldean de manera muy diversa sus experiencias de vida (2012, párr. 4).

Así, por ejemplo, las personas LGBTQIA+ con VIH enfrentan “un doble estigma” en atención a su OSIG y su condición de salud (ACNUR, 2010, párr. 40). Si añadimos, además, el ser solicitante de asilo, revelar sus múltiples identidades en el transcurso del procedimiento puede ser particularmente retador para ellas. Por otro lado, como hemos precisado anteriormente, las mujeres LGBTQIA+ que han soportado violencia doméstica, violencia sexual correctiva y/o matrimonio forzado pueden encontrar barreras agravadas para presentar testimonios según estándares regulares de credibilidad.

Asimismo, las personas trans constituyen uno de los grupos que más exclusión soportan durante todo el desplazamiento: no sólo enfrentan formas agravadas de discriminación en sus países de origen respecto de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales; sino que estas se reproducen en los países de acogida, agudizadas por el no reconocimiento de su identidad de género en el sistema de asilo (ACNUR, 2010; Castañeda Romero y Cardona Huerta, 2019; Solari, 2021).

4.2. Medidas específicas

4.2.1. Aprobar un protocolo sobre el estándar de tratamiento hacia personas LGBTQIA+ en los procedimientos de refugio y protección complementaria

Para una garantía efectiva de derechos, es necesario que los enfoques se traduzcan en normas claras. Si observamos el diseño institucional del sistema de refugio peruano, encontramos que la CEPR tiene facultad para “[e]stablecer los procedimientos y las regulaciones complementarios” a los establecidos en el reglamento de la Ley de Refugiado⁵³. Dado que el corpus iuris en materia personas con necesidad de protección internacional y personas LGBTQIA+ la vinculan directamente; y en virtud de los particulares riesgos de vulneraciones de derechos que enfrentan quienes se encuentran atravesados por ambas características;

⁵³ Inciso b) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Refugiado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 119-2003-RE.

corresponde que la Comisión adopte una regulación específica para prevenir las vulneraciones de derechos humanos a las que se encuentran expuestas.

Algunos instrumentos referenciales clave para la elaboración de estos documentos son las Directrices sobre protección internacional No.9 del ACNUR (2012), así como las sobre las solicitudes de refugio basadas en orientación sexual e identidad de género de países como Canadá y Reino Unido (LaViolette, 2017; Millbank, 2009). Desde luego, no proponemos una incorporación acrítica de estos criterios, sino, más bien, que estas constituyan pautas orientadoras para adaptarlas a los estándares interamericanos sobre la materia y a la realidad nacional.

Como mínimo, el protocolo, directiva o lineamiento adoptado deberá incluir estándares de calificación y tratamiento específicos para solicitantes de refugio LGBTQIA+, tanto respecto del procedimiento de determinación de la condición de refugiado como de otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria. Ello incluye establecer expresamente la transversalidad de los tres enfoques desarrollados previamente; el reconocimiento explícito de las OSIG como categorías protegidas por la definición de refugiado; así como –de manera no taxativa– de las formas particulares de persecución que este grupo soporta.

Adicionalmente, dicha regulación deberá incluir estándares de tratamiento que garanticen los derechos humanos de los solicitantes en todas las etapas del procedimiento; en particular, de los derechos a la no discriminación, a la privacidad, a la integridad física y psíquica, y a la identidad de género.

Será necesario que se establezcan reglas para una conducción de entrevistas y una valoración de las declaraciones de los solicitantes libres de estereotipos y prejuicios, con especial atención a las circunstancias particulares de cada historia personal. Esto podría incluir el establecimiento de ajustes en la conducción del procedimiento en el caso que el relato de los hechos pueda implicar la revictimización de le solicitante, por ejemplo, a través de la partición de la entrevista en distintas sesiones (LaViolette, 2017); así como en el caso de revelación de información relevante en una etapa avanzada del procedimiento.

Deberán consolidarse criterios claros para la aplicación del principio del beneficio de la duda; así como una prohibición expresa de líneas de preguntas sesgadas e invasivas, y de la solicitud y admisibilidad de medios probatorios patologizantes. Asimismo, será necesario contemplar la obligación de los evaluadores de realizar una revisión de la información disponible en el país de origen que abarque no sólo las normas y políticas, sino el contexto social que enfrentan las

personas LGBTQIA+. En ningún sentido, la ausencia de información deberá ser usada como criterio válido para anular la credibilidad del testimonio ofrecido por le solicitante.

Finalmente, en atención al derecho al debido proceso, deberán establecerse plazos razonables para emitir sus resoluciones, considerando especialmente la precariedad jurídica y material agravada que enfrentan les solicitantes de refugio LGBTQIA+; así como reglas claras para una debida motivación de las decisiones, especialmente de aquellas que deniegan la solicitud. En particular, en el caso del otorgamiento de la calidad humanitaria, deberán precisarse los criterios en torno al estándar de calificación aplicable a les solicitantes LGBTQIA+.

Sobre la cuestión específica del derecho a la identidad de género, consideramos importante referirnos a algunas buenas prácticas para su garantía al interior de los procedimientos de protección internacional en la región. Tal es el caso de Costa Rica, que considera la situación de particular desprotección que enfrentan les refugiades trans y, en consecuencia, les permite el cambio de sus datos de identidad en los documentos emitidos por el sistema de refugio, sin necesidad que hayan realizado el trámite previamente en sus países de origen (Grández y Santos, 2020). Podemos considerar también los criterios del Poder Judicial colombiano, que sostuvo, en una reciente sentencia, que la ausencia de regulaciones administrativas en materia de identidad de género no constituye una justificación válida para desconocer el derecho a la identidad de género de les refugiades y migrantes trans (Solari, 2021).

Si bien la CEPR puede encontrarse limitada por la regulación nacional para emitir documentos que consignen un nombre y sexo distinto a aquellos registrados en los documentos del país de origen, cabe precisar que sus funciones abarcan también proponer políticas en materia de refugiades así como “[e]valuar, proponer y coordinar proyectos de cooperación”⁵⁴. En consecuencia, frente a las barreras jurídicas e institucionales para garantizar el derecho a la identidad de género, se encuentra facultada a adoptar medidas para tender los puentes que resulten necesarios para ofrecer una respuesta interinstitucional garantista.

4.2.2. Implementar capacitaciones especializadas

Como hemos explicado previamente, uno de los principales retos para garantizar los derechos humanos de les solicitantes de refugio LGBTQIA+ son los prejuicios y estereotipos de les funcionaries. Asimismo, hemos de considerar que el deber de adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de derechos no se agota en adoptar normas, sino que es necesario seguir prácticas que hagan posible la plena efectividad de los estándares de DIDH.

⁵⁴ Incisos c) y g) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Refugiado.

De hecho, Millbank (2013) identifica que, a pesar de la adopción de reglamentación garantista de los derechos de las personas LGBTQIA+, las prácticas discriminatorias prevalecen en los sistemas de asilo. De poco o nada sirve adoptar normas si los funcionarios no incorporan los enfoques propuestos previamente en su tratamiento hacia les refugiades.

Si volvemos una vez más sobre el diseño institucional de la CEPR, encontramos que este órgano se encuentra facultado también para “[b]rindar capacitación sobre la recepción, el tratamiento y la tramitación de las solicitudes de refugio a los funcionarios competentes”⁵⁵.

Una capacitación que informe sobre los estándares de derechos humanos difícilmente logrará transformar los estereotipos y prejuicios de les funcionaries. Una propuesta que podría resultar más efectiva es la formulada por LaViolette (2013). La autora sostiene que una forma de capacitación adecuada para la aproximación a las experiencias de vida queer es el entrenamiento en competencia cultural.

Según la autora, la competencia en asuntos queer tiene como base la competencia intercultural, que puede ser definida como “la habilidad de entender, comunicarse con y efectivamente interactuar con personas originarias de una variedad de orígenes culturales” (2012, p. 197). Así, “la adquisición de competencias culturales faculta a los individuos a entender cómo las conductas, gestos y conocimientos son interpretados de maneras disímiles en distintas culturas” (LaViolette, 2013, p. 197). Esta perspectiva apuesta por reconocer que la habilidad de interactuar con personas con LGBTQIA+ puede ser “enseñada y aprendida”, mediante el desarrollo de capacidades en componentes que incluyan la toma de conciencia, el conocimiento sobre las diferencias, el desarrollo de habilidades blandas y la selección apropiada de capacitadores expertos en asuntos queer (LaViolette, 2013, p. 199).

4.2.3. Establecer un sistema de revisión periódica de prácticas institucionales

Para que las medidas que proponemos puedan tener efectos tangibles en las experiencias de les solicitantes queer, es necesario que la CEPR adopte la buena práctica de revisar periódicamente la eficacia de las medidas que adopte. Como explica Millbank (2013), aun en países con una larga tradición de otorgar asilo frente a la persecución por OSIG, resulta retador alcanzar consistencia en los avances logrados. Ello se debe a que existe un cumplimiento meramente formal de las medidas de garantía, que no necesariamente se traduce en una verdadera transformación de las prácticas discriminatorias (Millbank, 2013).

⁵⁵ Inciso h) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Refugiado.

Un verdadero cumplimiento de la obligación de adoptar medidas específicas para prevenir vulneraciones de derechos requiere un compromiso constante de la entidad concernida para vigilar por una garantía efectiva de los estándares de DIDH. No se trata de aprobar normas por el mero hecho de hacerlo o de capacitar funcionarios para dar apariencia de compromiso con los derechos humanos y la diversidad. Es necesario hacer una revisión continua de políticas y prácticas; así como adoptar los ajustes necesarios para que la reglamentación aprobada satisfaga esos estándares y para velar por que la capacitación realmente se traduzca en un tratamiento humanizado, *queerizado* e interseccional.

Desde luego, esto no será posible si la CEPR no empieza por adoptar la buena práctica de sistematizar, motivar debidamente y dar seguimiento a los casos que resuelve en materia de OSIG.

Y, finalmente, ahí donde los estándares jurídicos no resulten suficientes, la Comisión podrá apoyarse en los recursos intelectuales y humanos de quienes conocen de cerca las experiencias de vida de las personas queer para nutrir sus prácticas y los procesos de revisión de las mismas. Adoptar una política de apertura a investigadores y organizaciones de la sociedad civil que trabajen con solicitantes de refugio LGBTQIA+ podría dotarla de mejores recursos y herramientas para identificar los vacíos y puntos ciegos para la garantía de derechos de este grupo.

CONCLUSIONES

1. No es posible entender la racionalidad del DIR sin atender al momento histórico en que surge la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: se trata de un periodo previo a la consolidación del régimen de derechos humanos que surgió en respuesta al interés de los Estados en mantener estrictos regímenes de control migratorio en un contexto en que las demandas de protección internacional se convirtieron en una realidad inevitable. Así, es una rama del Derecho Internacional ha sido entendida, desde sus inicios, como un régimen excepcional, construido al servicio de una soberanía estatal cuasi absoluta.
2. La definición de refugiado consagrada en la Convención de 1951 y su Protocolo privilegió un enfoque individualista: la sola pérdida de protección a cargo del Estado de origen no es suficiente para ser reconocido como refugiado en virtud de ella; además, es necesario acreditar que la ruptura de ese vínculo obedeció al riesgo de ser perseguido por un catálogo de motivos específicos. Con ello, muchas personas afectadas por graves crisis sociopolíticas en sus países de origen quedaron fuera del ámbito de protección del tratado. El DIR, anclado en el contexto histórico que le dio origen, rechaza la necesidad de construir un sistema comprensivo de asistencia para todas las personas desplazadas forzosamente, y se alinea, más bien, a los intereses hegemónicos de limitar el desplazamiento internacional.
3. Esta racionalidad de supremacía de la soberanía estatal y de exclusión de los individuos con necesidades de protección internacional empezó a ser cuestionada luego de la aprobación de los principales tratados del DIDH, hitos que dieron origen a uno de los más importantes cambios de paradigma en el Derecho Internacional: la soberanía estatal pasó de ser entendida como preponderante para ser concebida desde una mirada instrumental, en un proceso denominado como “humanización del Derecho Internacional” (Carrillo Salcedo, 2000; Salmón, 2019).
4. El DIR fue alcanzado por ese proceso, de manera tal que el DIDH, al ser un régimen de protección más favorable, empezó a llenar sus vacíos de protección y a resolver sus contradicciones. Ello se hizo evidente en, al menos, cinco aspectos: (i) el reconocimiento del asilo como derecho humano, (ii) la ampliación de la definición clásica mediante instrumentos regionales; (iii) la interpretación evolutiva de la definición clásica; (iv) la ampliación de los derechos reconocidos a las personas con necesidad de protección internacional; (v) y el rol central del principio de no devolución en el surgimiento de nuevas formas de protección internacional.

5. Ahora bien, eso no significa que el DIR haya sido absorbido por el DIDH. Es cierto que el DIDH nutre y amplía las normas del primero; pero sin el DIR, existiría un limbo jurídico internacional sumamente riesgoso para quienes califican como refugiadas; tal como sucede en la actualidad con les beneficiaries de la protección complementaria y temporal.
6. El DIR conserva un aspecto vital que el DIDH no le puede proporcionar: ofrecer lineamientos generales para entender quién es refugiade y, en consecuencia, ha de recibir protección internacional. Por tanto, aunque se trata de una rama del Derecho Internacional bastante imperfecta, es innegable que el es el punto de partida desde el que se ha construido todo el andamiaje de protección a les refugiades.
7. Sostener que el DIR tiene un carácter propio no implica en ningún sentido desconocer el rol vital del DIDH en movilizarlo de su momento histórico para que pueda continuar surtiendo efectos de conformidad con su objeto y fin; que es brindar protección internacional a todas aquellas personas que, según los estándares actuales del Derecho Internacional, razonablemente califican como refugiadas. Como sostiene la Corte IDH, los estándares de derechos humanos vigentes hoy obligan a los Estados a “entender la protección internacional desde una perspectiva de derechos humanos” (2018, para. 42).
8. Por tanto, aunque estas ramas no son totalmente equivalentes entre sí, el DIR no puede ser empleado como justificación para vulnerar los estándares de DIDH. Por el contrario, los Estados se encuentran obligados a incorporarlos en el tratamiento que otorgan a les refugiades.
9. La consolidación del DIDH se sostuvo en dos principios fundantes: la universalidad de los derechos, y el principio/derecho de igualdad y no discriminación. En virtud del primero, todos los seres humanos, aun cuando inmensamente diversos, compartimos características intrínsecas, *que nos hacen iguales*, y, en consecuencia, somos merecedores de un régimen común de protección jurídica. Por otro lado, el segundo reconoce que, a pesar de esa noción de universalidad, las sociedades se organizan jerárquicamente sobre la base de las diferencias entre las personas, de manera tal que sólo algunos seres humanos ejercen y gozan de esos derechos.
10. Ahora bien, cabe precisar que, si bien la igualdad y la no discriminación comparten varios elementos comunes, no son equivalentes entre sí. Antes que exigir que todas las personas

sean tratadas de la misma manera siempre, lo que la igualdad prohíbe es una diferenciación arbitraria o injustificada que tenga por objeto o efecto la restricción o privación de un derecho. La no discriminación también proscribese eso, pero tiene como requisito adicional que ese trato desigual opere respecto de un motivo prohibido. Estos motivos prohibidos reconocen a los grupos que históricamente han sufrido exclusión ya sea por una característica que es consustancial a su identidad o una condición que los atraviesa.

11. La orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales han sido reconocidas por el Derecho internacional como elementos inherentes a la identidad de las personas, sobre la base de las cuales históricamente se ha ejercido opresión, y que, en consecuencia, merecen una protección cualificada en virtud del principio de no discriminación. De manera análoga, la condición migratoria de las personas y su origen nacional han sido reconocidas por el DIDH como condiciones que requieren protección frente a la discriminación.
12. La Corte IDH se ha apoyado en dos categorías clave para analizar los casos de violaciones de derechos humanos contra las personas LGBTQIA+: discriminación estructural e interseccionalidad. La discriminación estructural o sistémica cuestiona la concepción liberal de que la discriminación es un asunto meramente interpersonal. Así, quiebra con la idea de que las conductas discriminatorias empiezan y se agotan en el plano individual; para entenderlas como un asunto de múltiples niveles, donde la exclusión de individuo a individuo es, en realidad, una manifestación de las estructuras de dominación que median los vínculos entre ellos. Esta mirada de la realidad nos permite identificar que frente a problemas estructurales son necesarias respuestas estructurales, que atiendan a revertir las causas fundantes de la exclusión.
13. Por otro lado, el enfoque de interseccionalidad reconoce los impactos diferenciados de la discriminación sobre la vida de las personas, según el conjunto de condiciones en que se encuentren y las identidades que las atraviesen. Se trata de una perspectiva que permite identificar los silencios y los puntos ciegos del Derecho respecto de grupos específicos atravesados por más de una identidad o condición. Las miradas interseccionales no apuntan a una mera suma aritmética de opresiones ni a la atención de las mismas mediante una simple adición de las soluciones jurídicas ya existentes respecto de cada una de ellas. En contraste, la interseccionalidad nos permite ver que, con la confluencia de opresiones, se generan exclusiones *distintas* que requieren soluciones *diferenciadas*.

14. Precisamente, los solicitantes de asilo LGBTQIA+ son un grupo atravesado por discriminaciones estructurales que les afectan de manera diferenciada. Por lo tanto, al evaluar los desafíos de derechos humanos que enfrentan, resulta clave no perder de vista cómo la intersección de opresiones sistémicas genera necesidades específicas de garantía de derechos a nivel jurídico e institucional.
15. Los principios de universalidad y no discriminación son centrales para analizar la relación de complementariedad entre el DIR y el DIDH respecto de los solicitantes de refugio LGBTQIA+. Es en virtud de ellos que las personas LGBTQIA+ son reconocidas como sujetos de protección plena frente a la vulneración de cualquier derecho humano, incluido el derecho al asilo.
16. Que las personas LGBTQIA+ puedan solicitar y recibir asilo sin discriminación implica, cuando menos, dos cuestiones centrales:
- a. Por un lado, requiere actualizar el estándar de calificación de la definición clásica de refugiado para comprender como formas de persecución las severas violaciones de derechos humanos que soportan las personas LGBTQIA+, en razón de una o más de las categorías protegidas por la Convención.
 - b. Por otro lado, es necesario aplicar estándares de DIDH para identificar, prevenir y remediar vulneraciones de sus derechos contra este colectivo durante el procedimiento de refugio. Ello con el propósito de garantizar que el procedimiento de no continúe perpetuando el ciclo de discriminación y violencia que envuelve las vidas de los solicitantes LGBTQIA+.
17. La información disponible sobre las vulneraciones de derechos humanos contra estas personas en los sistemas de asilo en países europeos y anglosajones nos invita a cuestionar la división dicotómica entre zonas seguras e inseguras para este colectivo. En realidad, en el mundo prevalece una superfrontera que categoriza y divide a los seres humanos según estándares cisheteronormativos, xenófobos, racistas y aporofóbicos, sin importar dónde se encuentren. Cuando esas estructuras de opresión se entrecruzan, el resultado es una profunda desprotección del Derecho interno y las instituciones públicas, que persigue a las personas en sus desplazamientos.

18. En el contexto latinoamericano, Perú resulta un escenario clave para analizar la garantía de derechos de les solicitantes de refugio LGBTQIA+. Se trata de un país particularmente retador para este colectivo, por la confluencia de graves situaciones de discriminación estructural contra las personas con necesidad de protección internacional y contra las personas LGBTQIA+. Dado que esas exclusiones sistémicas permean el sistema de asilo nacional, el DIDH obliga al Estado peruano a adoptar medidas específicas para prevenir violaciones de sus derechos humanos en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y de otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria.
19. Esta obligación se desprende de la obligación general del Estado de adoptar sus normas y prácticas internas al corpus iuris internacional en materia de no discriminación hacia solicitantes de asilo y personas LGBTQIA+. Se trata de una obligación que vincula directamente a les funcionarios del sistema de asilo y que exige de ellos conducir el procedimiento en estricto cumplimiento de ese corpus iuris internacional. Cabe precisar que no podrán ampararse en la ausencia de disposiciones en el ámbito interno para no cumplir con esos estándares. Estos criterios vinculantes pueden ser complementados, además, con las directrices y criterios orientadores de ACNUR así como con los documentos específicos de la CIDH.
20. No obstante, es necesario integrar esas perspectivas jurídicas con las miradas críticas de las teorías queer. Mientras el DIDH es la fuente normativa que hace posible desplazar el DIR desde su lógica de exclusión hacia una racionalidad de inclusión, las teorías queer nos permiten identificar cómo debería verse y practicarse esa inclusión respecto de las personas LGBTQIA+ en específico. Se trata de teorías que nos invitan a atender la diversidad dentro de la diversidad de las experiencias de vida queer y a reconocer que las estructuras de la cisheteronormatividad tienden a mantenerse vivas aun cuando se adopten marcos jurídicos y se implementen prácticas con perspectivas de derechos humanos.
21. Una verdadera humanización de la protección internacional en relación con este colectivo requiere su *queerización*. Esto es, una revisión crítica continua de los discursos y prácticas cisheteronormativos reproducidas al interior del sistema de asilo. En última instancia, *queerizar* el refugio es velar por la plena *efectividad* del derecho de asilo y el principio de no devolución sin discriminación hacia las personas LGBTQIA+, garantizando que los procedimientos de refugio y protección complementaria no se vuelvan espacios con carta abierta para la vulneración y revulneración de los derechos de este colectivo.

22. En consecuencia, proponemos la adopción de tres enfoques –de derechos humanos, de diversidad sexual y de género, y de interseccionalidad– que han de transversalizarse en tres medidas específicas: (i) aprobar un protocolo específico sobre el estándar de calificación y tratamiento hacia personas LGBTQIA+, (ii) implementar capacitaciones especializadas; (iii) y establecer un sistema de revisión periódica de prácticas institucionales.



REFERENCIAS

- Abass, A. & Ippolito, F. (2014). Introduction – Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective. En A. Abass & F. Ippolito (Eds.), *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Perspective* (pp. 1-18). Ashgate.
- Amnistía Internacional (2020). Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr46/1675/2020/es/>
- Aron Said, V., & Castillo Jara, S. (2020). Reacting to Change within Change: Adaptive Leadership and the Peruvian Response to Venezuelan Immigration. *International Migration*, 60(1), 57-76. <https://doi.org/10.1111/imig.12761>
- Bahar, D., Meagan, D., & Selee, A. (2020). *Venezuelan Migration, Crime, and Misperceptions: A Review of Data from Colombia, Peru and Chile*. Migration Policy Institute & Global Economy and Development at Brookings. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/09/migration-crime-latam-eng-final.pdf>
- Berganza Setién, I., Blouin, C., Freier L. F. (2020). El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano. *Revista Chilena de Derecho*, 47(2), 385-410. <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/17593>
- Blouin, C. (2019). Antes de la llegada: Migración (forzada) de personas venezolanas. En C. Blouin (Ed.), *Después de la llegada: Realidades de la migración venezolana* (pp. 13-24). Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170254>
- Blouin, C. (2021). Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú. *Colombia Internacional*, 106, 141-164. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.06>
- Blouin, C., & Freier, F. (2019). Población venezolana en Lima: Entre la regularización y la precariedad. En L. Gandini, F. Lozano Ascencio, & V. Prieto Rosas (Eds.), *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica* (pp. 157-184). Universidad Autónoma de México. <https://www.sdi.unam.mx/docs/libros/SUDIMER-CyMdPV.pdf>

- Blouin, C., & Button, E. (2018). Addressing Overlapping Migratory Categories within New Patterns of Mobility in Peru. *Anti-Trafficking Review*, (11). <https://doi.org/10.14197/atr.201218115>
- Braun, K. (2014). Do Ask, Do Tell: Where is the Protection Against Sexual Discrimination in International Human Rights Law? *American University International Law Review*, 29(4), 871–904. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/amuilr29&i=923>
- Bravo, P. (2020). *Salir del closet para volver a entrar: Diagnóstico situacional sobre la población venezolana LGTBIQ+ en Perú. Presente & OIM*. <https://peru.iom.int/sites/g/files/tmzbdl951/files/Documentos/DIAGLGTBIQ2020.pdf>
- Bregaglio, R. (2013). Sistema universal de protección de derechos humanos. En G. Bandeira Galindo, R. Urueña & A. Torres Pérez (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28408.pdf>
- Bregaglio, R. (2014). Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación de los tribunales nacionales. *HENDU, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 5(2). <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/2251>
- Bregaglio, R. (2015). El principio de no discriminación por motivo de discriminación. En E. Salmón y R. Bregaglio (Eds.), *Nuevos conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 73-98). Idehpucp. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/nueve-conceptos-claves-entender-la-convencion-los-derechos-las-personas-discapacidad/
- Briceño, A., Alonso-Pastor, A., Ugaz, Y. y Godoy, C. (2020). *La calidad migratoria humanitaria y su relación con los derechos de la población venezolana*. Equilibrium – CenDe. <https://equilibriumcende.com/calidad-migratoria-peru/>
- Bruce-Jones, E. (2021). Death Zones, Comfort Zones: Queering the Refugee Question. En S. Raj & P. Dunne (Eds.), *The Queer Outside in Law: Recognising LGBTIQ People in the United Kingdom* (pp. 49–78). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-48830-7_3
- Bula Beleño, A. A., & Cuello Santana, V. F. (2019). Sujetos en tránsito y sexualidades fronterizas. Derechos de migrantes venezolanos LGBT en el Caribe colombiano. *Trabajo Social*, 21(2), 167–195. <https://doi.org/10.15446/ts.v21n2.75258>

- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Paidós.
- Cantor, D. J., & Barichello, S. (2013). The Inter-American human rights system: a new model for integrating refugee and complementary protection? *The International Journal of Human Rights*, 17(5–6), 689–706. <https://doi.org/10.1080/13642987.2013.825077>
- Carpenter, M. (2021). Intersex human rights, sexual orientation, gender identity, sex characteristics and the Yogyakarta Principles plus 10. *Culture, Health & Sexuality*, 23(4), 516–532. <https://doi.org/10.1080/13691058.2020.1781262>
- Carrera-Fernández, M. V., Lameiras-Fernández, M., Blanco-Pardo, N., & Rodríguez-Castro, Y. (2021). Preventing Violence toward Sexual and Cultural Diversity: The Role of a Queering Sex Education. *International journal of environmental research and public health*, 18(4), 2199. <https://doi.org/10.3390/ijerph18042199>
- Carrillo Salcedo, J. (2000). Derechos Humanos y Derecho Internacional. *ISEGORÍA*, 22, 69–81. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2000.i22.522>
- Castañeda Romero, M. P. & Cardona Huerta, S. (2019). Seeking Protection as a Transgender Refugee Woman: From Honduras and El Salvador to Mexico. En A. Güler, M. Shevtsova, & D. Venturi (Eds.), *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective: Persecution, Asylum and Integration* (pp. 251-273). Springer International Publishing. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-91905-8_13
- Castro, M., & Mejía, X. (2020). *Una mirada a la migración venezolana y seguridad ciudadana en Perú*. Equilibrium - CENDE. <https://equilibriumcende.com/migracion-seguridad-peru/>
- Castro-Peraza, M. E., García-Acosta, J. M., Delgado, N., Perdomo-Hernández, A. M., Sosa-Alvarez, M. I., Llabrés-Solé, R., & Lorenzo-Rocha, N. D. (2019). Gender Identity: The Human Right of Depathologization. *International journal of environmental research and public health*, 16(6), 978. <https://doi.org/10.3390/ijerph16060978>
- Chaves García, N. y Ester, B. (2021, 28 de junio). *Los derechos LGBTI+ en América Latina*. CELAG. <https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/>
- Chetail, V. (2014). Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law. In R. Rubio-Marin (Ed.), *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law* (pp. 19–72). Oxford University Press. <https://papers.ssrn.com/abstract=2147763>
- Chetail, V. (2019). *International Migration Law*. Oxford University Press.

- CIDH. (2015). *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- CIDH. (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- CIDH. (2019, 7 de diciembre). Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>
- CIDH. (2021). Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf>
- Clérico, L. (2019). Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). ¿Una historia de divergencias? *Revista de La Facultad de Derecho*, 47, 1–34. <https://doi.org/10.22187/RFD2019N47A5>
- Clericó, L. (2020). El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho Del Estado*, 46, 57–83. <https://doi.org/https://doi.org/10.18601/01229893.n46.03>
- Contesse, J. (2019). Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law. *Rutgers Law School Research Paper*, 44. <https://papers.ssrn.com/abstract=3395029>
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Grupo de Movilidad Humana Perú, CEAS-Comisión Episcopal de Acción Social, Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe S. J., Idehpucp. (2020). Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/21213437/Versi%C3%B3n-Digital-Informe-alternativo-diagramado.pdf>
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of*

Chicago Legal Forum, 1989 (1).
<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

Danisi, C., Dustin, M., Ferreira, N., & Held, N. (2021). *Queering Asylum in Europe: Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*. Springer International Publishing.
<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-69441-8>

De Belaúnde de Cárdenas, J. (2021). ¿Puedes ver el arcoíris? Lucha y resistencia al matrimonio igualitario en el Perú. *Memoria*, 33. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/puedes-ver-el-arcoiris-lucha-y-resistencia-al-matrimonio-igualitario-en-el-peru/>

De Grazia, M. (2020). *Crímenes de odio contra personas LGBTI de América Latina y el Caribe*. ILGALAC. <https://www.ilga-lac.org/wp-content/uploads/2020/06/Cri%CC%81menes-de-Odio.pdf>

Demant, E. (2013). 30 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Avances y desafíos de la protección de refugiados en Latinoamérica. *Agenda Internacional*, 131–140.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7731>

Domenech, E. (2013). "Las migraciones son como el agua": Hacia la instauración de políticas de "control con rostro humano". La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Revista Latinoamericana*, 35(12), 119-142. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006>

Drescher J. (2015). Out of DSM: Depathologizing Homosexuality. *Behavioral sciences (Basel, Switzerland)*, 5(4), 565–575. <https://doi.org/10.3390/bs5040565>

Dreyfus, T. (2012). The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law: from Cedaw to the Yogyakarta Principles. *Australian Feminist Law Journal*, 37(1), 33–50.
<https://doi.org/10.1080/13200968.2012.10854475>

Edwards, A. (2005). Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum. *International Journal of Refugee Law*, 17(2), 293–330.
<https://academic.oup.com/ijrl/article/17/2/293/1548262?login=true>

Edwards, A. (2012). Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention. *Melbourne Journal of International Law*, 13(2), 595–635.
<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/meljil13&i=606>

- Elie, J. (2014). Histories of Refugee and Forced Migration Studies. En E. Fiddian-Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long, & N. Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199652433.013.0002>
- Esparza Reyes, E. (2018). *La igualdad como no subordinación*. Tirant lo Blanch.
- Espino Layza, M. A., & Lazo Rivera, N. (2021). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Perú 2020. Promsex.
<https://promsex.org/publicaciones/informe-anual-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-lgbti-en-el-peru-2020/>
- Estupiñan-Silva, R. (2014). La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología. En *Manual de derechos humanos y políticas públicas*. DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>
- Experto Independiente sobre la orientación sexual y la identidad de género (2017). Protección contra la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. “Abrazar la diversidad y energizar a la humanidad”. A/72/172.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/220/87/PDF/N1722087.pdf?OpenElement>
- Experto Independiente sobre la orientación sexual y la identidad de género (2020). Prácticas de la llamada “terapia de conversión”. A/HRC/44/53. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/108/68/PDF/G2010868.pdf?OpenElement>
- Ferreira, N. (2018). Reforming the Common European Asylum System: enough rainbow for queer asylum seekers? *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2018 (2), 25-42. <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/11/genius-2018-02.pdf>
- Ferreira, N. & Venturi, D. (2018, 28 de junio). *Testing the untestable: The CJEU's decision in Case C-473/16, F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. EDAL-European Database of Asylum. <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/testing-untestable-cjeu%E2%80%99s-decision-case-c-47316-f-v-bev%C3%A1ndorl%C3%A1si-%C3%A9s-%C3%A1llampolg%C3%A1rs%C3%A1gi-hivatal>

- Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo Möller, C. (2012). La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 141–192. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art04.pdf>
- Fitzpatrick, J. (2000). Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime. *American Journal of International Law*, 94(2), 279–306. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ajil94&i=293>
- Freier, L. F., Bird, M., Brauckmeyer, G., Kvietok, A., Licheri, D., Luna Román, E., & Ponce, L. (2021). *Diagnóstico de la cobertura mediática de la situación de personas refugiadas y migrantes*. Universidad del Pacífico, ACNUR. <https://www.acnur.org/60b84fe84.pdf>
- Gallagher, R. (2020). Redefining “CEDAW” to include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 29(4), 637–658. <https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/29-4-Gallagher.pdf>
- Gandini, L., Lozano Ascencio, F., Prieto, V. (Coords.) (2019). *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.sdi.unam.mx/docs/libros/SUDIMER-CyMdPV.pdf>
- Gasparri, J. (2019). Acerca del lenguaje inclusivo: cuestiones teóricas, razones políticas. *Revista de Educación*, 18, 49-72. https://fh.mdp.edu.ar/revistas/index.php/r_educ/article/view/3749
- Gonzalez-Salzberg, D. (2019). *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*. Hart Publishing.
- Goodwin-Gill, G. S. (2014). The International Law of Refugee Protection. In E. Fiddian-Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long, & N. Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. <https://doi.org/10.1093/OXFORDHB/9780199652433.013.0021>
- Goodwin-Gill, G. S., & McAdam, J. (2007). *The Refugee in International Law* (3rd ed.). Oxford University Press.
- Grandez, A. & Santos, L. (2020, 24 de junio). *El derecho a la identidad de género de los refugiados y migrantes transgénero*. IUS 360. <https://ius360.com/el-derecho-a-la-identidad-de-genero-de-los-refugiados-y-migrantes-transgenero-agustin-grandez-lucia-santos/>

- Greenberg, R. (2017). The “Particular Social Group” Requirement: How the Asylum Process Is Consistently Failing LGB Applicants and How an Evidentiary Standard of “Self-Attestation” Can Remedy These Failures. *17 U. Md. L.J. Race Relig. Gender & Class*, 147. <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/rrgc/vol17/iss1/9>
- GTRM Perú- Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes & R4V- Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (2021, diciembre). Análisis conjunto de necesidades 2022. Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes. <https://reliefweb.int/report/peru/lisis-conjunto-de-necesidades-2022-plan-regional-de-respuesta-para-refugiados-y>
- Guerra Vilcapoma, E. (2022). Informe anual 2021 – Situación de los derechos humanos de las personas LGBTI. Promsex. <https://promsex.org/publicaciones/informe-anual-2021-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-lgbti/>
- Güler, A. (2019). Refugee Status Determination Process for LGBTI Asylum Seekers: (In)Consistencies of States’ Implementations with UNHCR’s Authoritative Guidance. In A. Güler, M. Shevtsova, & D. Venturi (Eds.), *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective: Persecution, Asylum and Integration* (pp. 117–139). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-91905-8_7
- Güler, A., Shevtsova, M. & Venturi, D. (Eds.) (2019). *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective: Persecution, Asylum and Integration*. Springer International Publishing. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-91905-8>
- Hathaway, J. C. (1984). The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950. *The International and Comparative Law Quarterly*, 33(2), 348–380. <http://www.jstor.org/stable/759064>
- Hathaway, J. C. (1991). Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection. *Journal of Refugee Studies*, 4(2), 113–131. <https://academic.oup.com/jrs/article-abstract/4/2/113/1553533?redirectedFrom=fulltext>
- Hathaway, J. C. (2005). *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge University Press.
- Hathaway, J. C. & Pobjoy, J. (2012). Queer Cases Make Bad Law. *New York University of International Law and Politics*, 44(2), 315-389. <https://nyujilp.org/wp-content/uploads/2010/06/44.2-Hathaway-Pobjoy.pdf>

- Hathaway, J. C., & Foster, M. (2014). *The Law of Refugee Status* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Hill Collins, P. (2012). Rasgos distintivos del pensamiento feminista negro. En M. Jabardo (Ed.), *Feminismos Negros: Una antología* (pp. 99-134). Traficantes de sueños. <https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Feminismos%20negros-TdS.pdf>
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, 10, 131-155. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2975800>
- Holleb, M. L. E. (2019). *The A-Z of Gender and Sexuality. From Ace to Ze*. Jessica Kingsley Publishers.
- Holzer, L. (2020). Smashing the Binary? A new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10. *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 98–133. <https://www.northumbriajournals.co.uk/index.php/IJGSL/article/view/1001>
- Ibáñez Rivas, J. M. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario De Derechos Humanos*, (8), pág. 103 – 113. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i8.20555>
- IDL-Instituto de Defensa Legal. (2021, 16 de noviembre). *Estado peruano niega calidad migratoria humanitaria a la niñez refugiada*. <https://www.idl.org.pe/estado-peruano-niega-calidad-migratoria-humanitaria-a-la-ninez-refugiada/>
- Idehpucp. (2021). Encuesta de percepción sobre migración venezolana en Perú (Boletín N.º 2: Discriminación hacia la población venezolana: el rol de los medios de comunicación y autoridades políticas en la construcción de estereotipos y creencias.). <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/06/04151552/Boletin-02-links.pdf>
- Ineli-Ciger, M. (2016a). A Temporary Protection Regime in Line with International Law: Utopia or Real Possibility. *International Community Law Review*, 18(3–4), 278–316. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/intlfddb18&i=296>
- Ineli-Ciger, M. (2016b). Protection Gaps and Temporary Protection. *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, 20, 408–435. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.intyb/maxpyb0020&i=428>

- Ineli-Ciger, M., & Skordas, A. (2019). Temporary Protection. In A. Peters & R. Wolfrum (Eds.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2200>
- Instituto de Opinión Pública - IOP PUCP (2020). Cambios en las actitudes hacia los inmigrantes venezolanos en Lima-Callao 2018-2019. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169459>
- Islam, R. (2013). The Origin and Evolution of International Refugee Law. In R. Islam & J. H. Bhuiyan (Eds.), *An Introduction to International Refugee Law*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Jansen, S., & Spijkerboer, T. (2011). *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*. Vrije Universiteit Amsterdam (VU University Amsterdam). <https://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html>
- Kareff, M. (2021). Constructing Sexuality and Gender Identity for Asylum through a Western Gaze: The Oversimplification of Global Sexual and Gender Variation and Its Practical Effect on LGBT Asylum Determinations. *Georgetown Immigration Law Journal*, 35(2), 615–630. <https://www.law.georgetown.edu/immigration-law-journal/wp-content/uploads/sites/19/2021/07/06-Kareff-GT-GILJ210027.pdf>
- Kirichenko, K. (2020). Órganos de Tratados de las Naciones Unidas: Referencias a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales (Informe Anual 2019). ILGA World. https://ilga.org/downloads/2019_informe_anual_Organos_Tratados.pdf
- Koechlin, J. & Eguren, J. (Eds.) (2018). *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración*. UARM, Konrad Adenauer Stiftung, OIM, OBIMD. <http://hdl.handle.net/20.500.12833/2031>
- Koechlin, J., Vega, E., & Solórzano, X. (2018). Migración venezolana al Perú: Proyectos migratorios y respuesta del Estado. En *El éxodo venezolano: Entre el exilio y la emigración* (pp. 47-96). Konrad Adenauer Stiftung, UARM, OIM & BIMID. <http://hdl.handle.net/20.500.12833/2031>
- Larking, E. (2014). *Refugees and the Myth of Human Rights: Life Outside the Pale of Law*. Ashgate.

- Laviolette, N. (1996). Proving a Well-Founded Fear: The Evidentiary Burden in Refugee Claims Based on Sexual Orientation. In S. Levy (Ed.), *Asylum Based on Sexual Orientation. A Resource Guide* (pp. 3–11). The International Gay and Lesbian Human Rights Commission and Lambda Legal Defense and Education. https://www.researchgate.net/publication/275771584_Proving_a_Well-Founded_Fear_The_Evidentiary_Burden_in_Refugee_Claims_Based_on_Sexual_Orientation
- Laviolette, N. (2004). Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act. *McGill Law Journal*, 49, 969–1003. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803800
- LaViolette, N. (2013). Overcoming Problems with Sexual Minority Refugee Claims: Is LGBT Cultural Competency Training the Solution? En T. Spijkerboer (Ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum* (pp. 189-216). Routledge.
- LaViolette, N. (2017). Sexual Orientation, Gender Identity and the Refugee Determination Process in Canada. *Journal of Research in Gender Studies*, 4(2), 68–123. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2541430
- Lengua Parra, A. (2019). La transformación del Derecho: La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger la identidad de género de las personas trans. *IUS ET VERITAS*, (59), 208-225. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.013>
- Livia, A. & Hall, K. (Eds.) (1997). *Queerly Phrased: Language, Gender and Sexuality*. Oxford University Press. DOI: 10.13140/2.1.4286.8801
- Luzes, M., Freier, F., Castro, M., & Brauckmeyer, G. (2021). *Inmigración venezolana en el Perú: Regularización migratoria y el sistema de refugio*. Equilibrium - CENDE. <https://equilibriumcende.com/regularizacion-migratoria-y-refugio/>
- Mandal, R. (2005). *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")*. *Legal and Protection Policy Research Series*. ACNUR. Protection Policy Legal Advice Section, Department of International Protection. <https://www.refworld.org/docid/435e198d4.html>
- Martínez Monge, F. (2012). El asilo como fundamento de la protección de los refugiados. In M. Lettieri (Ed.), *Protección internacional de los refugiados en el sur de Sudamérica* (pp. 23–41). http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/cdhunla/20171030045033/pdf_1543.pdf

- McAdam, J. (2005). The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime. *International Journal of Refugee Law*, 17(3), 461–516. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/ijrl/eei018>
- McAdam, J. (2007). *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford University Press.
- McGill, J. (2014). SOGI...So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations. *Canadian Journal of Human Rights*, 3(1). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2503665
- Millbank, J. (2004). The Role of Rights in Asylum Claims based on Sexual Orientation. *Human Rights Law Review*, 4(2), 193–228. <https://doi.org/10.1093/hrlr/4.2.193>
- Millbank, J. (2009). From discretion to disbelief: Recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom. *International Journal of Human Rights*, 29(11), 319–414. <https://doi.org/10.1080/13642980902758218>
- Millbank (2013). Sexual orientation and refugee determination over the past 20 years. Unsteady Progress through standard sequences? En T. Spijkerboer (Ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum* (pp. 32-54). Routledge.
- Miltner, B. (2018). Territory and Its Relationship to Treaties. In M. Bowman & D. Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (pp. 468-506). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316179031.017
- Miranda Pérez, J. E. (2020). Migración venezolana: La respuesta de los países andinos. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 137, Article 137. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/view/76205>
- Moreno Sánchez, J. (2019). Lingüística Queer y Análisis Crítico del Discurso. Aplicaciones en el ámbito educativo. En E. Cutillas Orgilés (Ed.). La multiplicidad de enfoques en humanidades. Actas de las VIII Jornadas de Investigación de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Alicante (Alicante, 3 y 4 de mayo de 2018). <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/91598/1/Multiplicidad-de-enfoques-en-Humanidades-53-59.pdf>
- Motschenbacher, H., & Stegu, M. (2013). Queer Linguistic approaches to discourse. *Discourse & Society*, 24(5), 519–535. <https://doi.org/10.1177/0957926513486069>

- Mrazova, A. (2019). Legal Requirements to Prove Asylum Claims Based on Sexual Orientation: A Comparison Between the CJEU and ECtHR Case Law. In A. Güler, M. Shevtsova, & D. Venturi (Eds.), *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective: Persecution, Asylum and Integration* (pp. 185–207). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-91905-8_10
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XIX, 489-509. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4049>
- Nicolosi, S. F. (2015). Re-Conceptualizing the Right to Seek and Obtain Asylum in International Law. *International Human Rights Law Review*, 4(2), 303–332. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/inthurlr4&i=303>
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, 52. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/60444>
- No Tengo Miedo. (2016). Nuestra Voz Persiste: Diagnóstico de la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer en el Perú. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/nuestra-vos-persiste.pdf>
- O’Flaherty, M., & Fisher, J. (2008). Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, 8(2), 207–248. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngn009>
- Oxfam. (2019). Sí, pero no aquí: Percepciones de xenofobia y discriminación hacia migrantes de Venezuela en Colombia, Ecuador y Perú (Informe de investigación). <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620890/bp-si-pero-no-aqui-251019-es.pdf>
- OEA. (2022). *Estado Actual de las Firmas y Ratificaciones de los Tratados Interamericanos*. Perú. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_estados_miembros_peru.htm
- ONU. (2022). *Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas*. Estado de ratificación para Perú.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=136&Lang=SP

- Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad de Género — Panel de Especialistas en OSIG. (2007). *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf
- Park, A. (2019). Yogyakarta Plus 10: A Demand for Recognition of SOGIESC. *North Carolina Journal of International Law*, 44(2), 223. <https://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol44/iss2/3/>
- Peña Díaz, F. (2019). Credibilidad de los solicitantes de asilo y estereotipos heterosexistas: en busca del “refugiado LGBTI por antonomasia”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, 39, 271–291. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13934>
- Pérez, A., Vélez, M., Manzano, D., Piquil, P., & Franco, Q. (2020). *Sentir que se nos va la vida: Personas LGBTI+ refugiadas y migrantes de Venezuela en Colombia, Ecuador y Chile*. Caribe Afirmativo, Red de Movilidad Humana LGBTI+, ACNUR. https://www.acnur.org/publications/pub_agd/6062ad154/sentir-que-se-nos-va-la-vida-personas-lgbti-refugiadas-y-migrantes-de-venezuela.html
- Pérez, L., Freier, F., & Castillo Jara, S. (2020). Inmigración y seguridad ciudadana. El riesgo de la criminalización de los migrantes venezolanos en el Perú (Propuesta de política pública No. 14). <https://ciup.up.edu.pe/media/2340/ciup-ppp14.pdf>
- Peribáñez Blasco, E. (2018). La ONU y los derechos humanos de las personas LGBTI+. Historia de un reconocimiento tardío. *Revista de La Inquisición: (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 22, 471–498. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7452330>
- Price, M. (2009). *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits*. Cambridge University Press.
- Querton, C. (2019). Gender and the boundaries of international refugee law: Beyond the category of ‘gender-related asylum claims.’ *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(4), 379–397. <https://doi.org/10.1177/0924051919884764>
- Raj, S. (2017). A/Effective Adjudications: Queer Refugees and the Law. *Journal of Intercultural Studies*, 38(4), 453–468. <https://doi.org/10.1080/07256868.2017.1341394>

- R4V - Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. (2021). *Solicitudes pendientes de la condición de refugiado por país*. <https://www.r4v.info/es/solicitudes>
- Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (2016). *Perspectivas de género de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/31/57. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>
- Rodríguez Reveggino, B. (2017). ¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *Iuris Dictio*, 20(20). <https://doi.org/10.18272/iu.v20i20.920>
- Rubio Correa, P. (1999). El concepto de refugiado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 : tratamiento normativo y realidad. *Actualidad Internacional*, 6(12). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7217>
- Rutinwa, B. (2002). Working Paper No. 69. Prima facie status and refugee protection. In *New Issues in Refugee Research*. <https://www.refworld.org/docid/4ff3f8812.html>
- Salomé Resurrección, L. (2017). Discriminación estructural. Aproximación al concepto y estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, (12), 147–174. <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/38>
- Salmón Gárate, E. (2019). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Fondo Editorial PUCP. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/introduccion-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/
- Scuzarello, E. (2020). *Cuerpos Invisibles: Un estudio exploratorio sobre la cuestión de lxs refugiadxs LGBTQ+ en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y Perú* [Tesis de pregrado, Universidad Torcuato di Tella]. <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2020/09/Refugiados-tesis.pdf>
- Segundo Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos, Orientación Sexual, Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales —Segundo Panel de Especialistas en OSIGEGCS. (2017). *Principios de Yogyakarta Más 10. Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de*

género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta. <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2022/02/021522-Principios-de-Yogyakarta-mas-10.pdf>

- Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario De Derechos Humanos*, (4). <https://doi.org/10.5354/adh.v0i4.13488>
- Simm, G. (2020). Queering CEDAW? Sexual orientation, gender identity and expression and sex characteristics (SOGIESC) in international human rights law. *Griffith Law Review*, 29(3), 374–400. <https://doi.org/10.1080/10383441.2020.1891608>
- Solari, K. (2021, 23 de marzo). *Trans-formar la protección internacional: algunos apuntes a propósito de la sentencia en Colombia que garantiza el derecho a la identidad de género de una refugiada trans*. Idehpucp. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/trans-formar-la-proteccion-internacional-algunos-apuntes-a-proposito-de-la-sentencia-en-colombia-que-garantiza-el-derecho-a-la-identidad-de-genero-de-una-refugiada-trans/>
- Sotomayor, A. (2007). Migración irregular, soberanía y derechos humanos: La Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de La Universidad de Puerto Rico*, 1, 169–192.
- Spijkerboer, T. (Ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum*. Routledge.
- Tastsoglou, E., & Nourpanah, S. (2019). (Re)Producing Gender: Refugee Advocacy and Sexual and Gender-Based Violence in Refugee Narratives. *Canadian Ethnic Studies*, 51(3), 37–56. <https://doi.org/10.1353/ces.2019.0019>
- Tobin, J. W. (2012). Assessing GLBTI Refugee Claims: Using Human Rights Law to Shift the Narrative of Persecution within Refugee Law (University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 586). <https://papers.ssrn.com/abstract=2060672>
- Uprimny y, R. y Sánchez Duque, L. M. (2014). Artículo 24. Igualdad ante la ley y no discriminación. En C. Steiner y P. Uribe (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (pp. 579-605). Corte Suprema de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Viveros, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, (52), 1-17.

https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/2077

Viviani, R. & Venturi, D. (2021, 15 de enero). *B. and. C. v Switzerland: Between Concealment of Sexual Orientation and Risk Assessment in Article 3 cases*. Strasbourg Observers. <https://strasbourgobservers.com/2021/01/15/b-and-c-v-switzerland-between-concealment-of-sexual-orientation-and-risk-assessment-in-article-3-cases/>

van der Vyver, J. D. (2013). Sovereignty. In D. Shelton (Ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/LAW/9780199640133.003.0017>

Vigo Florián, C. (2019). *Estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: especial atención a algunos grupos en situación de vulnerabilidad* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13979>

Waites, M. (2009). Critique of 'sexual orientation' and 'gender identity' in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles. *Contemporary Politics*, 15(1), 137–156. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13569770802709604>

Zelada, C. & (2016). Zelada, C. J., & Gurmendi Dunkelberg, A. (2016). Entre el escudo y la espada: el matrimonio Igualitario visto desde el orden público Internacional y el derecho internacional De los derechos humanos. *THEMIS Revista De Derecho*, (69), 251-274. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16740>

Zota Bernal, A. C. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 9, 67–85. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>

Documentos de ACNUR

ACNUR (2002a, 7 de mayo). 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. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>

- ACNUR (2002b, 7 de mayo). Directrices sobre la Protección Internacional : "Pertenenencia 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.
<https://www.refworld.org/es/docid/4714a75a2.html>
- ACNUR (2005, 7 de octubre). Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3862.pdf>
- ACNUR (2008, 21 de noviembre). Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949>
- ACNUR (2010, 22 de setiembre). La protección de solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (Documento de discusión).
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8143.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8143>
- ACNUR. (2012). 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.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8144>
- ACNUR (2013). UNHCR Roundtable on Temporary Protection International Institute of Humanitarian Law. *International Journal of Refugee Law*, 25(1), 178–186.
<https://doi.org/10.1093/ijrl/eet007>
- ACNUR (2017). *Cuadro N° 1. Definición de refugiados (Cartagena) Países de América Latina que la han incorporado a su legislación Nacional (Por orden cronológico)*.
<https://www.refworld.org/es/docid/59c29a094.html>
- ACNUR (2019). Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices de protección internacional (Reedición).
https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5d9e06e74/manual-sobre-procedimientos-y-criterios-para-determinar-la-condicion-de.html

Sentencias, opiniones consultivas y observaciones generales

Comité CAT (2011, 23 de mayo). Caso Uttam Mondal vs. Suecia. CAT/C/46/D/338/2008.

<https://juris.ohchr.org/Search/Details/52>

Comité CAT (2015, 23 de noviembre). Caso J. K. vs. Canadá. CAT/C/56/D/562/2013.

<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2064>

Comité de DDHH (1989, 10 de noviembre). Observación General No. 18. No discriminación.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Comité de DDHH (2011, 1 de noviembre). Caso X vs. Suecia. CCPR/C/103/D/1833/2008.

<https://juris.ohchr.org/Search/Details/1390>

Comité de DDHH (2013, 25 de julio). Caso M.I. vs. Suecia. CCPR/C/108/D/2149/2012.

<https://juris.ohchr.org/Search/Details/1675>

Comité CRC (2021, 4 de febrero). Caso A. B. vs. Finlandia. CRC/C/86/D/51/2018.

<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2946>

Comité DESC (2009, 2 de julio). Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20.

<https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,4ae049a62,0.html>

Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993, 25 de junio). Declaración y Programa de Acción de Viena.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Corte IDH (1999, 1 de octubre). Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Corte IDH (2003, 17 de setiembre). Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Corte IDH (2006a, 31 de enero). Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf

Corte IDH (2006b, 26 de setiembre). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

- Corte IDH (2006c, 25 de noviembre). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Corte IDH (2009, 16 de noviembre). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte IDH. (2012, 24 de febrero). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte IDH (2013, 25 de noviembre). Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf
- Corte IDH (2014, 19 de agosto). Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf
- Corte IDH (2016a, 26 de febrero). Caso Duque vs. Colombia.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Corte IDH (2016b, 31 de agosto de 2016). Caso Flor Freire vs. Ecuador.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf
- Corte IDH (2017, 24 de noviembre). Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte IDH (2018, 30 de mayo). Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf
- Corte IDH (2020, 12 de marzo). Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf
- Corte IDH (2021, 26 de marzo). Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf
- Corte IDH (2022, 4 de febrero). Caso Pavez Pavez vs. Chile.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf
- TEDH (2020, 17 de noviembre). Caso B & C v. Switzerland.
[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-206153%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-206153%22]})

TJUE (2018, 25 de enero). Caso F v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (Hungría).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0473>

TJUE (2014, 2 de diciembre). Caso A, B & C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Holanda).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0148>

TJUE (2013, 7 de noviembre). Caso X, Y & Z v. Minister voor Immigratie en Asiel (Holanda).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0199>

Declaraciones, directivas y tratados internacionales

Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios (1984, 22 de noviembre). Declaración de Cartagena sobre Refugiados. <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Consejo de Europa (1950, 4 de noviembre). Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos).
https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

ONU (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de Derechos Humanos.
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

ONU (1951, 28 de julio). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
<https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

ONU (1967, 31 de enero). Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.
<https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

ONU (1969, 23 de mayo). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

OEA (1969, 11 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

OUA (1969, 10 de setiembre). Convención de la Organización para la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África.
<https://www.acnur.org/prot/instr/5b076e994/convencion-de-la-oua-por-la-que-se-regulan-los-aspectos-especificos-de.html>

UE (2000, 18 de diciembre). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2000/C 364/01. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

UE (2004, 29 de abril). Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. <https://www.boe.es/doue/2004/304/L00012-00023.pdf>

UE (2011, 13 de diciembre). Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la Protección concedida (refundición). <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:es:PDF>

UE (2013, 26 de junio). Directiva A 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo obre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf>

Normas nacionales

Congreso de la República (2002). Ley No. 27891. Ley del Refugiado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1938.pdf>

Congreso de la República (2021). Ley No. 31307. Nuevo Código Procesal Constitucional. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>

Constitución Política del Perú (1993), Cuarta disposición final y transitoria.

Ministerio del Interior. (2017). Decreto Supremo No. 007-2017-IN. Reglamento del Decreto Legislativo No. 1350, Decreto Legislativo de Migraciones. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-del-decreto-legislativo-n-1350-decreto-legislat-anexo-ds-n-007-2017-in-1502810-4/>

Ministerio de Relaciones Exteriores (2003). Decreto Supremo No. 119-2003-RE. Reglamento de la Ley del Refugiado. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E51265AE05DA94720525813700715740/\\$FILE/12_REGLAMENTO_LEY_REFUGIADO_DEC_SUP_119.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E51265AE05DA94720525813700715740/$FILE/12_REGLAMENTO_LEY_REFUGIADO_DEC_SUP_119.pdf)

Ministerio de Relaciones Exteriores (2010). Decreto Supremo No. 135-2010-RE. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8997/DS_135-2010-RE.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores (2021). Resolución Ministerial No. 0207-2021-RE. Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de la calidad migratoria humanitaria.
<https://www.gob.pe/institucion/rree/normas-legales/2007440-0207-2021-re>

Presidencia de la República. (2017). Decreto Legislativo No. 1350. Ley de Migraciones.
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-migraciones-decreto-legislativo-n-1350-1471551-2/>



ANEXOS



PERÚ

Ministerio
de Relaciones Exteriores



Firmado digitalmente por:
CÁCERES ESCALANTE MILUSKA
ROSARIO FIR 08274110 hard
Motivo: [Jefe de la
Oficina de Transparencia y Acceso
a la Información Pública]
Fecha: 25/08/2021 15:55:37-0500

Lima, 25 de agosto de 2021

CARTA (TAI) N° 0-2-B/1093

Señora
Kerli Raquel Solari Díaz


Lima .-

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación a su Solicitud de Acceso a la Información Pública SAIP N°414-2021, realizada al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N°27806).

Al respecto, la Dirección de Derechos Humanos ha informado lo siguiente:

"En atención a la memoranda de la referencia, esta Dirección ha elaborado la respuesta de la siguiente solicitud de acceso a la información pública (SAIP):

SAIP N° 000414-2021- Kerli Raquel Solari Díaz"

Atentamente,

200

Bicentenario
1821-2021

Ministerio de
Relaciones Exteriores
del Perú



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Miluska Rosario Cáceres
Escalante

Consejera

Jefe de la Oficina de
Transparencia y Acceso a la
Información Pública

RPRV



PERÚ

Ministerio de
Relaciones Exteriores

Dirección de Derechos Humanos
TAI008862021

Solicitud N° 000414-2021 - Kerli Raquel Solari Díaz

1. ¿Han recibido solicitudes de refugio donde la persecución alegada se deba a motivos de orientación sexual o identidad de género (OSIG), ya sea en específico o bajo el paraguas de pertenencia a un grupo social?

Sí se han recibido solicitudes de refugio donde la persecución alegada se deba a motivos de orientación sexual y por identidad de género. Las solicitudes de refugio son siempre indicando de manera específica el problema sufrido y las decisiones de reconocimiento se han sustentado en la causal de pertenencia a un determinado grupo social.

2. ¿Han otorgado o denegado refugio a personas que han alegado persecución por OSIG? De ser afirmativa la respuesta, sírvase adjuntar resoluciones (cabe precisar que este pedido no vulnera el principio de confidencialidad si se tacha con bloques negros los datos personales del solicitante). De ser negativa, sírvase adjuntar modelo de resolución.

Sí se ha reconocido el refugio a personas que han alegado persecución por OSIG. También se han denegado solicitudes basadas en esta causal.

En principio, las resoluciones de la CEPR son mantenidas en estricta confidencialidad, particularmente cuando los detalles del caso consignados en ellas podrían permitir identificar a la persona reconocida como refugiada, generando riesgos a su seguridad, aunque no figure su nombre. Si bien no existe una herramienta informática que permita ubicar estos casos, puede intentarse la identificación manual de alguna resolución que no presente riesgos para la seguridad del refugiado.

Se adjunta resolución.

3. ¿La orientación sexual y/o la identidad de género son consideradas como motivos de persecución según las definiciones de refugiado recogidas en la Ley de Refugiado, ya sea de manera específica o bajo el paraguas de pertenencia a un grupo social?

Sí son consideradas como motivos de persecución bajo la figura del grupo social. Serán motivo de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que exista una persecución o temor razonable a sufrirla, o que el acoso que sufre la persona es tan constante que puede resultar asimilable a una persecución y siempre que se presente la indefensión frente a las autoridades de Estado de nacionalidad, puesto que el primer llamado a atender estos casos es el propio Estado.

4. ¿Existe algún protocolo, directiva o lineamiento para procesar los casos de personas con orientación sexual y/o identidad de género diversas? De ser afirmativa la respuesta, sírvase adjuntar documentos.

No existe un protocolo o directiva particular para procesar estos casos. Sin embargo, sí se tiene la práctica de dar a elegir al solicitante de refugio el sexo de la persona encargada de realizar la entrevista.



PERÚ

Ministerio de
Relaciones Exteriores

Dirección de Derechos Humanos
TAI008862021

5. ¿Las personas con identidades de género diversas tienen disponible la opción de identificarse con un nombre/género distinto al que les fue asignado al nacer (tanto al presentar su solicitud como en el transcurso del procedimiento, incluida la emisión de la autorización de trabajo y el carnet de solicitante)? ¿Las personas de género no binario tienen la opción de identificarse como tales? Sírvase adjuntar modelo de solicitud de refugio.

Durante el proceso de registro y calificación de la solicitud de refugio se respeta el nombre y género adoptado por la persona de identidad de género diversa. Asimismo, en el sistema de registro de datos personales la persona tiene la opción de marcar "otros" como alternativa masculino o femenino en la parte de género.

Sin embargo, al momento de expedir un documento se ha seguido la información consignada en el documento de identidad del país de origen.

6. ¿La orientación sexual y la identidad de género son consideradas categorías de vulnerabilidad para el otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria? De ser afirmativa la respuesta, sírvase adjuntar resoluciones (misma consideración de protección de datos respecto de resoluciones de refugio). De ser negativa, sírvase adjuntar modelo de resolución.

La orientación sexual no es considerada como una categoría de vulnerabilidad por sí misma dentro del proceso de calificación de las solicitudes de refugio. Hay que recordar que en la calificación de las solicitudes de refugio se busca determinar fundamentalmente si existe una situación de persecución o temor fundado de persecución.

7. ¿La orientación sexual y la identidad de género son categorías de priorización para el otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria?

El grupo LGTBQ está considerado como uno de los criterios para priorizar casos dentro del sistema de refugiados Q2. Esto significa que en el momento en que se ingrese dentro de los datos personales la pertenencia a este colectivo, el caso será seleccionado automáticamente para ser atendido prioritariamente, lo que no significa necesariamente que se concederá el reconocimiento del refugio, sino que será materia de calificación antes que otros casos.

8. ¿Los procedimientos de refugio y de otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria siguen un enfoque de derechos humanos, de género y de diversidad sexual? ¿Existe alguna directiva, protocolo o lineamiento al respecto? De ser afirmativa la respuesta, sírvase adjuntar documentos.

El derecho internacional de los refugiados es una rama dentro del derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, el procedimiento de calificación de las solicitudes de refugio en el Perú ha seguido un enfoque de derechos humanos en resguardo de la naturaleza de la figura del asilo. También se debe tener presente que lo fundamental en el trabajo de calificación de la condición de refugiado es determinar el temor de persecución o la indefensión de la persona frente a las autoridades de su estado de nacionalidad o residencia para el caso de los apátridas. Dentro de este espacio de trabajo el enfoque de género y de diversidad sexual ayudan en el proceso de calificación de la condición de refugiado.

No existe una directiva, protocolo o lineamiento al respecto.



PERÚ

Ministerio de
Relaciones Exteriores

Dirección de Derechos Humanos
TAI006862021

9. Partiendo de lo establecido en la Resolución Ministerial 0207-2021/RE, ¿la calidad migratoria humanitaria sólo se otorga a solicitantes de refugio o puede ser también solicitada por otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad?

La Resolución Ministerial establece en su parte considerativa, que busca fijar los lineamientos para otorgar la calidad migratoria humanitaria al significativo número de extranjeros en gran vulnerabilidad y que invocan el reconocimiento del refugio.

En tal sentido, la resolución busca aplicar, como un acto graciable, la calidad migratoria humanitaria únicamente a los solicitantes de refugio, así como personas que no reúnen los requisitos para ser reconocidos como refugiados que se encuentran en gran vulnerabilidad, no incluyendo otros supuestos contenidos en el Decreto Legislativo N° 1350.

10. ¿Qué canales interinstitucionales existen para brindar protección y soporte a solicitantes de refugios LGBTQIA+ en situación de vulnerabilidad? ¿Existe alguna directiva, protocolo o lineamiento al respecto? De ser afirmativa la respuesta, sírvase adjuntar documentos.

Los solicitantes de refugio LGBTQIA+ que requieren algún tipo de soporte son derivados a las diversas instituciones estatales o de la sociedad civil con competencia para atender la problemática que en particular los afecta. Por ejemplo, si tienen un problema de salud son derivados a entidades como hospitales públicos en caso de emergencia, Prosa, Encuentros, Hias, OIM, entre otros; si sufren un problema de trata, son derivados al Ministerio Público, igualmente son derivados al Ministerio de la Mujer y Personas Vulnerables en caso de ser víctimas de violencia de género.

No existe un protocolo o lineamiento especial para el grupo LGBTQIA+ que no sea el que se sigue para el tratamiento de solicitantes de refugio y para casos que requieren una atención urgente por ser de alta vulnerabilidad.

CONSIDERANDO:

El informe técnico, que da cuenta de la entrevista y entrevista ampliatoria que la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados realizó [REDACTED] respectivamente;

Que, la solicitante relató que salió [REDACTED] que su vida en dicho país se hizo insostenible debido a reiteradas dificultades por las que atravesó, tanto en el ámbito laboral como público, que incluso tuvieron un impacto negativo en su salud. Asimismo, expresó sentir temor de retornar a su país de origen porque afirma que no podría acceder a un puesto de trabajo que le permita sustentarse;

Que, de acuerdo a lo establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de 1967 que complementa dicha Convención y lo dispuesto en la legislación nacional peruana Ley N° 27891 "Ley del Refugiado", el refugio se encuentra orientado a brindar protección internacional a aquellas personas que sufren un fundado temor de persecución en su país de origen o residencia;

Que la solicitante declaró que en su niñez, fue víctima de violencia sexual a manos su tío materno, y que cuando contó lo sucedido a su madre ésta no sólo no le creyó sino que la obligó a no mencionar nunca más el tema. A los 15 años de edad la solicitante decidió marcharse de su casa porque la situación se hizo insostenible ya que la familia tomó conocimiento de su orientación homosexual y, a causa de ella, fue víctima de violencia física, psicológica y verbal al interior de su familia;

Que [REDACTED] manifestó que en medio de esta situación de violencia y discriminación que vivió con su familia y en el sector en el que vivía, tomó la decisión de atentar contra su vida cuando tenía 19 años, fue llevada de emergencia al hospital para que le realizaran un lavado gástrico y pudo recuperarse, sin embargo, la afectación de su estado de ánimo se volvió una constante, padeciendo de depresión y ansiedad;

Que la solicitante relató que consiguió graduarse [REDACTED] y que fue constantemente discriminada debido a su orientación sexual, ya que se le prohibió la atención a pacientes mujeres, debido a que sus jefes suponían que ella podría realizar tocamientos indebidos a las consultantes. Adicionalmente sus superiores inmediatos le decían que su orientación era una "vergüenza para la Revolución". [REDACTED] también era constantemente objeto de señalamiento, burla y trato degradante en la calle por las personas, en razón de su condición homosexual;

Que la solicitante mencionó que la situación de discriminación y hostigamiento en su centro de trabajo, en el sector en el que vivía y al interior de la propia familia, junto con la afectación a su salud mental hizo que tomara la decisión de marcharse [REDACTED] pues consideró que su vida no era sostenible allá;

Que, el presente caso en concreto ha sido materia de una evaluación que ha conllevado a determinar que la solicitante requiere protección a través del refugio, ya que las particularidades que presenta nos permiten vislumbrar elementos suficientes para referirnos a un temor fundado de persecución en los términos establecidos en el artículo 3 inciso a) de la Ley N° 27891, Ley del Refugiado. Dicho ello, la Comisión Especial para los Refugiados, en sesión [REDACTED], decidió reconocer la condición de refugiada [REDACTED]

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3, y 7 de la Ley N° 27891, Ley del Refugiado; así como lo dispuesto en los artículos 7, 11 inciso a) y 25 del Reglamento de la Ley del Refugiado (Decreto Supremo N° 119-2003-RE);

Estando a lo acordado,

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Reconocer la condición de refugiada [REDACTED]

Artículo 2º.- [REDACTED] mantener permanentemente actualizado su registro de domicilio en el Perú.

Regístrese y comuníquese,