

**Universidad San Francisco de Quito**  
Colegio de Jurisprudencia

La discriminación por identidad de género y/u  
orientación sexual como causal para el  
reconocimiento de la calidad de refugiado en  
Ecuador  
Proyecto de investigación

**Adriana Gabriela Oviedo Perhavec**

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogada

Directora: Daniela Salazar Marín, L.L.M  
Quito, 7 de noviembre de 2016

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

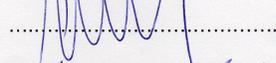
“La discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como causal para el reconocimiento de la calidad de refugiado en Ecuador”

Adriana Gabriela Oviedo Perhavec

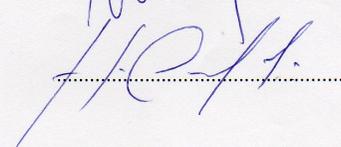
Daniela Salazar, LLM  
Directora del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon  
Lector del Trabajo de Titulación



Hugo Cahueñas, LLM  
Lector del Trabajo de Titulación



Quito, diciembre del 2016

**INFORME DE DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN**  
**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**  
**EVALUACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN**

**TRABAJO DE TITULACIÓN:** La discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como causal para el reconocimiento de la calidad de refugiado en Ecuador

**ALUMNA:** Gabriela Oviedo P.

El reconocimiento del derecho al refugio alcanzó su máxima expresión en el derecho internacional con la adopción de la Convención de 1951 sobre los refugiados. Este tratado surgió como una respuesta frente a un momento histórico específico, marcado por la violencia y la persecución que predominaron en la segunda guerra mundial. Ya en 1967 un protocolo tuvo que reformar la Convención de 1951 pues los motivos por los cuales la gente huía de sus estados de residencia eran mucho más variados que aquellos contemplados inicialmente en la Convención de 1951. Posteriormente, a nivel regional, se han aprobado también instrumentos con el objetivo de ampliar los motivos con base en los cuales los Estados deciden otorgar protección internacional a las personas, tales como la Convención de Kampala o la Declaración de Cartagena. Aun así, el mundo ha cambiado drásticamente y los instrumentos no siempre se adaptan de manera oportuna a las crecientes necesidades de los millones de personas que huyen de sus países buscando protección internacional. Hoy en día existen por ejemplo millones de refugiados ambientales, que huyen de su país de origen porque la sequía u otras condiciones ambientales les impiden procurarse medios de vida adecuados. También hay quienes huyen por desastres naturales o por razones que los legisladores internacionales no han tenido en cuenta (o no han querido tener en cuenta).

Hoy en día, una de las más preocupantes formas de discriminación en todo el mundo, es la que enfrentan las personas con base en su orientación sexual o en su identidad de género. En muchos países existen situaciones de violencia y discriminación estructural que impiden que las personas LGBTI accedan a sus derechos en pie de igualdad con las personas cuya orientación e identidad sexual son normativas. Existen países en los cuales demostrar o aparentar una identidad u orientación sexual no normativa conlleva la muerte. Parecería que en casos como estos no hace falta un nuevo instrumento, sino que la propia Convención reconoce que los Estados deben brindar protección internacional a las personas cuya vida esté en peligro a causa de una expresión de su identidad. Ahora bien, qué pasa con todos esos países que, por poner un ejemplo, no reconocen el matrimonio igualitario o la adopción igualitaria. ¿Estas formas de discriminación normativa, también podrían ser motivo para que las personas LGBTI huyan de esos países en búsqueda de protección internacional? Dónde dibujamos la línea entre las formas de discriminación que constituyen persecución y aquellas que no?

La propuesta que nos presenta Gabriela Oviedo P. no está basada en el ideal de reformar la Convención de 1951 o adoptar un nuevo instrumento internacional que amplíe las formas de protección. A la luz de la situación que se vive en Europa, donde millones de refugiados no están siendo reconocidos por los Estados, sería irreal proponer ampliar las causales con base en las cuales se protege a los refugiados en el mundo. La propuesta de Gabriela permite interpretar la Convención de 1951 a la luz del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos, con miras a establecer directrices que permitan a los funcionarios encargados de determinar la condición de refugiado, proteger a quienes estén siendo

perseguidos a causa de su identidad u orientación sexual. A la luz de lo anterior, la relevancia y actualidad del trabajo de titulación de la estudiante Gabriela Oviedo P. se encuentra plenamente justificada. El planteamiento que realiza la investigadora a través de este trabajo de titulación resulta de gran trascendencia no sólo para la discusión normativa actual en Ecuador sino que constituye un aporte al debate jurídico mundial sobre la necesidad de proteger internacionalmente a quienes huyen de su país de origen o residencia a causa de persecución basada en su orientación o identidad sexual.

En el marco de su investigación, la estudiante reconoce las dificultades que se presentan para el análisis de casos como estos, pero plantea argumentos suficientes y contundentes para justificar su hipótesis, persuadiéndonos de que existen ciertas formas de discriminación que alcanzan un umbral de verdadera persecución. Las directrices prácticas que Gabriela Oviedo P. ofrece a las personas a cargo de determinar el estatus de refugiado de las personas que buscan protección internacional no sólo evidencian su enorme empatía y experiencia en el tema, sino que demuestran su conocimiento de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo el derecho internacional de los refugiados. Gabriela Oviedo P. ha realizado una investigación detallada y comprometida, a través de la cual ha demostrado su capacidad de identificar una variedad de fuentes de derecho así como de utilizarlas de manera adecuada para sustentar su hipótesis. Por todo lo anterior, ha sido un honor para mí dirigir esta investigación y recomiendo su lectura.



Daniela Salazar Marín, Abogada, I.I.M.

Colegio de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento, certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, los derechos de propiedad intelectual de este trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice su respectiva digitalización y publicación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

-----

Nombre: Adriana Gabriela Oviedo Perhavec

C. C. 1720021029

Fecha: Quito, 7 de noviembre de 2016.

*Dedicatoria*

A Dios

A los cuerpos, identidades y almas no normadas

A mi padre Edmundo por su luz

A mi madre Adriana por su amor

A mi hermano Felipe por su compañía

A Simone de Beauvoir por su valor

## *Agradecimientos*

“It may be important to great thinkers to examine the world, to explain and despise it. But I think it is only important to love the world, not to despise it, not for us to hate each other, but to be able to regard the world and ourselves and all beings with love, admiration and respect.”

- Hermann Hesse, Siddhartha

A mis padres Adriana y Edmundo, por el constante, incondicional y generoso apoyo, amistad y cariño que me han dado durante toda mi formación de abogada. Sin su amor y sacrificio, no estaría aquí.

A mi hermano Felipe, porque el valor y confianza que ha depositado en mí es la base fundamental para mi crecimiento. Su compañía durante estos 5 años ha sido imprescindible. Además, por su apoyo en la revisión de la redacción de dos secciones de este trabajo de titulación.

A mi directora de tesis, Daniela Salazar, por su extensa paciencia y dedicación, constante motivación, generoso conocimiento y compromiso durante el proceso de investigación y redacción del presente trabajo.

A mis profesores en la USFQ, por la generosidad y el desinterés al compartir su conocimiento, su tiempo y su experiencia mucho más allá de las exigencias de su trabajo.

Una especial mención a mis profesores de Derechos Humanos: Juan Pablo Albán, Daniela Salazar, Farith Simon, Diego Falconí, Pier Pigozzi y Hugo Cahueñas, quienes con su motivación por la defensa de la dignidad humana, dentro y fuera de la clase, han sido una inspiración diaria en la selección de este camino como una forma de vida. Ha sido un verdadero gusto poder compartir este tiempo con ustedes.

A mis amigxs, dentro y fuera de la USFQ, quienes me han dado su incondicional compañía y cariño. Una especial mención a mis amigxs más cercanos, quienes más allá de compartir mis días, me permitieron compartir mis sueños y me dieron la mano para crecer.

## **RESUMEN**

Usualmente, a nivel internacional, no se evidencia a la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como una causal suficiente para otorgar el reconocimiento del estatus de refugiado. En este sentido, el sistema normativo ecuatoriano no presenta ningún tipo de directriz acerca del procedimiento de análisis que debe realizarse respecto a estas solicitudes. Por esta razón, este trabajo de titulación analiza los diversos marcos normativos a nivel nacional, regional e internacional para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado; además, examina el contexto de la discriminación y violencia basadas en sexualidades e identidades no normativas. Finalmente, propone una guía práctica sobre el procedimiento de análisis del temor fundado de persecución en dicha tipología.

**ABSTRACT**

Commonly, at an international level, there is no evidence of gender-identity and/or sexual-orientation based discrimination as a causal nexus sufficient for the recognition of refugee status. In this regard, the Ecuadorian normative system doesn't have any guideline on the procedure for the analysis to be used regarding these claims. Accordingly, this dissertation analyses the different legal framework at the national, regional and international level in order to obtain the recognition of refugee status; moreover, it examines the context of discrimination and violence based on non-normative sexualities and identities. Lastly, it suggests a practical guideline on the procedure for the analysis of well-founded fear of being persecuted for the above-mentioned reason.

## Índice

Introducción .....	12
Capítulo 1: Derecho internacional de los refugiados.....	15
<b>1.1 Definición de refugiado.....</b>	<b>15</b>
1.1.1 Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951.....	15
1.1.2 Declaración de Cartagena de Indias de 1984.....	18
1.1.3 Decreto 1182 .....	19
<b>1.2 Elementos de la definición.....</b>	<b>20</b>
1.2.1 Temor Fundado .....	20
1.2.2 Persecución.....	24
1.2.3 Motivos de persecución.....	25
Capítulo 2.- Discriminación y violencia basadas en sexualidades e identidades no normativas .....	29
<b>2.1 Terminología.....</b>	<b>29</b>
2.1.1 Orientación sexual, identidad de género y expresión de género .....	30
<b>2.2 Concepto .....</b>	<b>31</b>
2.2.1 Test de discriminación .....	32
2.2.2 Categoría sospechosa y escrutinio estricto.....	35
<b>2.3 Violencia y discriminación .....</b>	<b>39</b>
<b>2.4 Contexto actual.....</b>	<b>41</b>
2.4.1 Imposiciones normativas .....	41
2.4.2 Prácticas discriminatorias .....	43
<b>2.5 Relación entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada con la discriminación.....</b>	<b>44</b>
Capítulo 3.- Discriminación contra las personas LGBTI como temor fundado de persecución .....	45
<b>3.1 Temor fundado derivado de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual.....</b>	<b>45</b>
3.1.1 Elemento objetivo .....	45
3.1.2 Elemento subjetivo .....	47
<b>3.2 Persecución derivada de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual.....</b>	<b>48</b>
3.2.1 Mera discriminación como persecución.....	48
3.2.2 Parámetros por los que la discriminación contra personas LGTBI ingresa en el umbral de persecución .....	50
<b>3.3 Problemáticas respecto a la credibilidad y carga de la prueba .....</b>	<b>57</b>
3.3.1 Intención discriminatoria.....	57
3.3.2 Ocultamiento o discreción de la orientación sexual y/o la identidad de género y sus conductas.....	58

3.4.3 Necesidad de identificación de pertenencia a una identidad o sexualidad no normativa ..... 60

**3.4 Nexo causal con uno de los motivos mencionados en la Convención ..... 64**

Conclusiones..... 65

Bibliografía..... i

## **Introducción**

La figura del refugio, concebida como una respuesta a los desplazamientos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, parece no ser suficiente para abarcar todas las problemáticas de persecución que se presentan en la actualidad. A pesar de que la definición de refugiado otorga un rango de interpretación bastante amplio, existe una notoria dificultad para que las autoridades verifiquen la existencia de un temor fundado de persecución cuando no existe una amenaza hacia la vida o libertad del solicitante. Así, muchas solicitudes no convencionales son erróneamente negadas en base a la idea de que no existe una persecución suficiente que genere esta necesidad de protección.

Desde el momento de nacer, los individuos que no se acoplan a las imposiciones sociales sobre el sexo y el género son víctimas directas o indirectas de diversas formas de distinción, discriminación y violencia. La discriminación contra personas LGTBI es una práctica concurrente a nivel mundial que se caracteriza por la imposibilidad de acceder a una vida digna en igualdad de condiciones. Esta discriminación se produce en los distintos círculos de la vida del individuo, ya sea a través de su vida personal, pública o de toda la estructura social que lo rodea. Muchas veces, la discriminación de la que son objetos estas personas generan condiciones de vida tan insostenibles que las obligan a abandonar su país y buscar protección internacional a través de la figura del refugio.

Varios países, entre los que se incluye Ecuador, usualmente no observan a la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como una causal suficiente para otorgar el reconocimiento del estatus de refugiado. Ahora bien, el negar este tipo de solicitudes constituye otra manera de oprimir y generar invisibilidad en los derechos de aquellas personas que no se acogen a los estándares heteronormativos y cisonormativos de la sociedad. Además, la falta de normativa sobre este procedimiento permite que los funcionarios de la Dirección de Refugio prioricen sus convicciones personales o cometan errores en el proceso de análisis. Por ello, resulta pertinente establecer la siguiente pregunta que guiará a la investigación: ¿Bajo qué parámetros, la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual puede constituir una causal para la solicitud de refugio?

En relación al problema planteado, el presente trabajo de titulación expone una guía de cómo la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual genera un temor

fundado de persecución que requiera de protección internacional. Para esto, se han realizado 3 capítulos específicos que permitirán comprender cómo los funcionarios de la Dirección de Refugio deben establecer el reconocimiento de esta calidad.

El primer capítulo examina la base normativa ecuatoriana respecto de la definición de refugiado. En esta línea, se inicia estableciendo la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951, después se compara dicha definición con los aportes agregados por la Declaración de Cartagena. Además, en esta sección se señala el valor que la jurisprudencia nacional ha otorgado a dicha Declaración. Finalmente, se revisará el contenido del Decreto 1182 y los requisitos extras impuestos por esta normativa. En la segunda parte de esta sección, se identifica la manera en que la jurisprudencia y doctrina han interpretado ciertos parámetros de inclusión como: el temor fundado, la persecución y el nexo causal por los motivos de la Convención. En este punto se establece claramente cómo la identidad de género y/u orientación sexual, dependiendo del caso, pueden ingresar al motivo de pertenencia a un grupo social determinado y al motivo de opinión política.

El segundo capítulo aborda la problemática de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual existente a nivel mundial. A través del test de discriminación se inicia comparando la diferencia entre los actos que constituyen una distinción legítima y los actos que son discriminatorios. Así también, se introduce el concepto de discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como categoría sospechosa, que genera como efecto la presunción de discriminación. En esta línea, se recomienda utilizar el procedimiento de análisis del escrutinio estricto como mecanismo para reconocer la existencia de actos discriminatorios. Luego, se establecen los tipos de discriminación y se realiza un análisis de la relación existente entre violencia y discriminación. En este análisis se observa como la discriminación al cumplir ciertas características se convierte en una forma de violencia. Finalmente, para comprender el contexto de violencia y discriminación a nivel mundial se examina brevemente imposiciones normativas y prácticas discriminatorias.

El tercer capítulo, propone una guía sobre el procedimiento para establecer el temor fundado de persecución en los casos de discriminación por identidad de género y/u orientación sexual. El primer paso de esta guía recomienda analizar el temor fundado a

través de la observancia del elemento objetivo y el subjetivo. El segundo paso, examina la discriminación como forma de persecución. Por una parte, se analiza la idea de que la mera discriminación no puede constituir persecución y, por otra parte, se proponen ciertos parámetros que ayudan a establecer si la discriminación ingresa dentro del umbral de persecución. Finalmente, se examinan ciertas particularidades que se producen respecto al examen de credibilidad de dichas solicitudes y se recomienda una guía de cómo debe analizarse el nexo causal con los motivos de la condición.

La hipótesis de este trabajo plantea que, una vez que se haya comprendido las implicaciones normativas de la definición de refugiado y, a la vez, que se haya entendido cómo se desarrolla la discriminación contra personas LGTBI mediante un procedimiento específico en el que se usen ciertos parámetros para la identificación del temor fundado de persecución y su credibilidad; la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual constituye una causal para el reconocimiento de la calidad de refugiado en Ecuador. Este trabajo de titulación no pretende dar una respuesta absoluta, es imposible que cada historia de persecución se acoja a un patrón específico. Su trascendencia radica en la propuesta de ciertas directrices a un tema que completamente ignorado por las regulaciones nacionales e internacionales. En este sentido, a pesar de que Ecuador es el país de Latinoamérica con mayor número de solicitudes de refugio, no existen discusiones de calidad jurídica sobre estos temas. El silencio con el que se ha tratado a estos casos, evidencia que las personas que buscan protección en este país, encontrarán la misma discriminación de la que huían en un principio.

## **Capítulo 1: Derecho internacional de los refugiados**

Este capítulo se centrará en el análisis de la definición de refugiado. Esto, debido a que la misma sienta la base jurídica utilizada por los funcionarios de la Dirección de Refugio al momento de reconocer la calidad de refugiado en Ecuador. El capítulo comienza con un estudio de los elementos constitutivos de la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951; luego se la comparará con la definición establecida por la Declaración de Cartagena. Además, se observarán los requisitos legales agregados por el Decreto 1182 para la obtención del reconocimiento de refugio. Finalmente, en la última sección se buscará reconocer ciertos componentes que las autoridades de la Dirección de refugio tomarán en cuenta al momento de establecer la existencia de temor fundado, persecución y los motivos de persecución.

### **1.1 Definición de refugiado**

#### **1.1.1 Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951**

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 [en adelante Convención de 1951] es un pilar fundamental dentro del derecho internacional de los Refugiados. La definición de refugiado se encuentra en el artículo 1(A) (2), la Convención de 1951 que determina al término refugiado como toda persona:

Que [...]debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.<sup>1</sup>

Al respecto, Martín Arribas expresa que al utilizarse la expresión, *toda persona*, lo que se busca es realizar un análisis individual, por lo que, en un inicio la definición no debería ser aplicada en el análisis de grupo o refugiados en masa.<sup>2</sup> De esta definición pueden extraerse los requisitos necesarios para la obtención de la condición de refugiado. En este sentido, es importante resaltar que el cumplimiento de dichos requisitos otorga a la persona la

---

<sup>1</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) Artículo 1.A.2.

<sup>2</sup> Martín Arribas. *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Ed.Dykinson-Universidad de Burgos, 2000. p.55.

condición de refugiado sin que se requiera un reconocimiento previo del Estado que la acogió. Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante Corte IDH] en el caso Pacheco Tineo vs. Bolivia resalta el carácter declarativo del reconocimiento formal de la condición de refugiado, estableciendo que el refugiado se constituye como tal, al momento en que se configuran los elementos de la definición de la Convención de 1951 y no en el momento en que ocurre la declaración estatal de dicha condición.<sup>3</sup>

El primer criterio necesario para la obtención de la condición de refugiado, consiste en que el solicitante del reconocimiento de la condición de refugio se encuentre fuera de su país de nacionalidad<sup>4</sup> o del país que le brindaba protección, por ejemplo fuera de su país de residencia habitual.<sup>5</sup> A nivel internacional, a este requisito se lo conoce como la condición de extranjero, en cuanto se requiere que la persona haya abandonado de *jure* y de *facto* el territorio del Estado de origen.<sup>6</sup> El segundo requisito demanda que esta persona tenga un temor fundado, siendo la persecución el tercer requisito. Finalmente, la Convención de 1951 conlleva que dicha persecución se base en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Es decir, es necesario que exista un nexo causal entre la persecución y el motivo o los motivos que la originaron.

A pesar de que una persona reúna los requisitos de la definición, la misma no podría obtener el reconocimiento de la condición de refugiado si es que ingresa dentro de una de las causales de exclusión. La Convención de 1951 contiene las causas por las que una persona puede ser excluida de la figura del refugio. El artículo 1 (f) establece que:

F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos

---

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Series C No. 272. Sentencia del 25 de diciembre de 2013, párr. 131.

<sup>4</sup> Convención sobre el Estatuto de los refugiados (1951). Artículo 1.A. Sobre esto, *vid.* en su tercer párrafo explica que “en los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión del país de su nacionalidad se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.”

<sup>5</sup> ACNUR. *Guía para refugiados y solicitantes de la condición de refugiado*. Ginebra: 2012, p.6.

<sup>6</sup> Refugee Law Reader. *Compilación de Derecho de las Personas Refugiadas*. Tercera edición. Londres: 2015, p.56.

internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; [...] b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; [...] c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.<sup>7</sup>

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados [en adelante ACNUR] menciona que “dadas las potencialmente graves consecuencias de la exclusión, es importante aplicarlas con cautela y sólo tras una valoración plena de las circunstancias individuales del caso: las cláusulas de exclusión deben interpretarse siempre de manera restrictiva”.<sup>8</sup> Por esta razón, se ha desarrollado criterios específicos sobre las conductas que integran cada cláusula. Respecto de la primera causal relativa a los delitos contra la paz, la guerra o la humanidad; la comunidad internacional ha establecido que dichos delitos son aquellos cuya definición se encuentra contenida principalmente en el Estatuto de 1998 de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) y las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de Guerra y sus dos protocolos adicionales de 1977. En cambio, respecto de la segunda cláusula el ACNUR ha establecido que:

Un delito grave debería considerarse común cuando otros motivos (por ejemplo razones personales o el lucro) son la característica predominante del delito particular cometido. Cuando no existen vínculos claros entre el delito y su presunto objetivo político, o cuando el acto en cuestión es desproporcionado en relación con el presunto objetivo político, predominan los motivos comunes.<sup>9</sup>

Además, el Estado receptor debe tomar en cuenta la “índole del acto, el daño efectivo provocado, el procedimiento empleado para procesar o enjuiciar el delito, la naturaleza de la pena y si la mayoría de las jurisdicciones lo considerarían un delito grave”.<sup>10</sup> Respecto de la última cláusula, se entiende como actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, a todos los actos que alteren el objetivo de paz y seguridad.

---

<sup>7</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Art. 1.A.2.

<sup>8</sup> ACNUR. *Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/03/05. 4 de septiembre de 2003, p.2.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>10</sup> *Ibid.*

Otra forma en la que se puede perder la protección internacional derivada de la condición de refugiado es cuando la persona ingresa dentro de una de las causales de cesación de la Convención.<sup>11</sup> Estas causales de cesación no se aplicarán a los refugiados cuando estos se nieguen a “acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores”.<sup>12</sup> Para aplicar las causales, el ACNUR ha recomendado que se observe la “voluntariedad, intención y efectos”.<sup>13</sup> Esto significa que previamente a la cesación de su condición, el país de asilo tiene la obligación de analizar si el país de origen puede proveerla de protección y si el refugiado desea regresar.<sup>14</sup> Esta obligación también existe respecto de la prohibición de no devolución.

### **1.1.2 Declaración de Cartagena de Indias de 1984**

La Declaración de Cartagena de Indias de 1984 [en adelante Declaración de Cartagena] es “el más prominente instrumento regional”<sup>15</sup> debido a que extiende el alcance de definición de refugiado. Este intento regional surgió de la necesidad regional de ampliar la protección del refugio a personas que se encuentran frente a riesgos situacionales o grupales que normalmente ocurren de manera indiscriminada, impredecible o colectiva.<sup>16</sup> Además, aunque la declaración no es vinculante, su definición ha alcanzado una posición excepcional en la región al ser incorporada por 14 legislaciones nacionales. Mientras la Convención de 1951 brinda protección a personas cuya vida o integridad se encuentra en peligro; la Declaración de Cartagena extiende la protección a personas cuya seguridad o libertad puedan verse afectadas. Por consiguiente, la Declaración de Cartagena determina nuevos motivos o razones por las que una persona es amenazada. Estos motivos son la

---

<sup>11</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 1.C.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 2011, p. 24.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> ACNUR. *Plan de Acción de Brasil: América Latina y el Caribe adoptan una hoja de ruta común para responder a las nuevas tendencias del desplazamiento y poner fin a la apátrida*. Bogotá: 2014, p.2.

<sup>16</sup> *Ibid.*

“violencia generalizada,<sup>17</sup> la agresión extranjera,<sup>18</sup> los conflictos internos,<sup>19</sup> la violación masiva de los derechos humanos<sup>20</sup> u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.<sup>21</sup> Sin embargo, es lamentable notar que a pesar de que la Corte Constitucional del Ecuador declaró que debe agregarse a la definición de refugiado el concepto extendido por este instrumento internacional,<sup>22</sup> en el panorama ecuatoriano esta Declaración constituye un instrumento complementario que no es comúnmente utilizado.

### 1.1.3 Decreto 1182

En Ecuador, el procedimiento sobre el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentra normado a través del Reglamento para la aplicación del Derecho de Refugio en Ecuador contenido en el Decreto Ejecutivo 1182 [en adelante Decreto 1182]. El contenido del Decreto es muy similar a la Convención de 1951. Por ejemplo el Art. 8 utiliza la misma definición de refugiado que la Convención. Cabe resaltar que, la diferencia con la Convención se encuentra en que el Decreto establece requisitos de admisibilidad para la presentación de la solicitud de refugiado. Por ejemplo, se exige que la solicitud sea presentada dentro un plazo establecido, que con la jurisprudencia nacional se ha extendido

---

<sup>17</sup>Sobre esto, *vid.* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al describir situaciones de violencia generalizada, especifica que estas “incluyen graves violaciones masivas a los derechos humanos, que no siempre se caracterizan por una intensidad en la violencia sino que tienen una generalidad en densidad geográfica y extensión”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. Capítulo II. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 de octubre de 2006, p.1

<sup>18</sup>Sobre esto, *vid.* la agresión extranjera se la entiende como “aquella situación en donde existe un acto de agresión de “un Estado contra la soberanía, integridad territorial o política de otro”. Asamblea General de Naciones Unidas. *Resolución 3314*, 14 de diciembre de 1971, párr. 3.

<sup>19</sup> Sobre esto, *vid.* se ha establecido como definición de conflictos internos a las situaciones en las que exista un conflicto armado no internacional o en la que existe un nivel de violencia y disturbios internos que nos alcancen el umbral de un conflicto armado. ACNUR. *Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984: Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*. Montevideo: 2011, p.3.

<sup>20</sup> Sobre esto, *vid.* las violaciones masivas de derechos humanos se producen cuando a grande escala se violan Derechos Humanos. ACNUR. *Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984: Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*. Montevideo: 2011, p.3

<sup>21</sup> Declaración de Cartagena de Indias (1984). Conclusión 3.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. Caso N.º 0056-12-IN y 0003-12-IA ACUMULADOS. 14 de agosto de 2014, p. 37.

a 3 meses. El Decreto 1182 también establece que dentro del proceso de admisibilidad podrá negarse las solicitudes manifiestamente infundadas, abusivas e ilegítimas.<sup>23</sup> Al respecto, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha recomendado que:

[a]l igual que en el caso de todas las solicitudes de determinación de la condición de refugiado [...] al solicitante se le debe dar la oportunidad de tener una entrevista personal completa con un funcionario plenamente competente previo a la decisión de que la solicitud es infundada [...]. [Además], el carácter manifiestamente infundado o abusivo de una solicitud debe ser establecido por la autoridad normalmente competente para determinar la condición de refugiado.<sup>24</sup>

Sin embargo, es preocupante notar que en el Decreto 1182 no se reconoce un procedimiento específico para el análisis de una supuesta solicitud infundada, abusiva o ilegítima, lo que puede significar que un caso de discriminación pueda *de facto* ser negado si se lo considera infundado, abusivo o ilegítimo.

## 1.2 Elementos de la definición

Una vez establecidos los requisitos normativos que derivan de la definición de refugiado, es importante analizar con mayor profundidad el alcance que se otorga a algunos de sus elementos. Esto resulta fundamental, puesto que el alcance que el entrevistador otorgue a cada componente será la base para que se reconozca la condición de refugiado.

### 1.2.1 Temor Fundado

El primer elemento de la definición que debe considerarse es el temor fundado. Aunque normalmente el temor se asocia con un estado de ánimo subjetivo, el añadir el calificativo de fundado pretende que éste se base en elementos objetivos y no en simples impresiones personales.<sup>25</sup> El Refugee Law Reader explica como:

Los debates sobre la interpretación del temor fundado se centran en la necesidad de demostrar la concurrencia de al menos uno de elementos siguientes: 1) sensación subjetiva de

---

<sup>23</sup> Sobre esto, *vid.* según el Decreto 1182 “las solicitudes infundadas son aquellas que presentan elementos que no son compatibles a la definición; las solicitudes abusivas son las que presentan evidencias fraudulentas o las que prueban la búsqueda de un beneficio personal por medio de la institución del refugio y las solicitudes ilegítimas son las presentadas por personas de quienes existen motivos fundados para considerar que han cometido delitos en Ecuador”.

<sup>24</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR. *Conclusión n.º 30: Conclusiones Generales*. Ginebra: 1983, párr. 1.

<sup>25</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 2011, p.20.

temor del solicitante de asilo y 2) factores objetivos que indican que es razonable que el solicitante de asilo sienta ese temor.<sup>26</sup>

Es así, que el ACNUR y la gran mayoría de Estados se inclinan por tomar en cuenta este análisis bipartito.

El Manual de Procedimientos del ACNUR establece que para la evaluación del elemento subjetivo se debe analizar la existencia de un temor en función de la personalidad o carácter del solicitante. Esto significa que:

El elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos, pueden no ser las mismas en condiciones idénticas [...] una persona puede tener convicciones políticas o religiosas tan arraigadas que el tener que prescindir de ellas haga su vida intolerable y le genere un temor que a otra persona no le generaría.<sup>27</sup>

Esto resulta problemático, pues la persona encargada de entrevistar al solicitante será en gran medida quien analice si existe cierto nivel de afectación personal que genere un temor fundado. Es por eso que detractores de este análisis bipartito han criticado que:

Overall, applying the combined subjective-objective approach, an applicant might be denied refugee status because he or she is either not in fact subjectively fearful, or is not able to express his or her fear, or simply because his or her fear cannot be identified by the respective decision-makers. In such cases, a lack of the subjective element would lead to the denial of protection despite the existence of a real risk of persecution.<sup>28</sup>

En respuesta a esta problemática, Gyna Clayton ha establecido que al calificar el elemento subjetivo no debe observarse como fin último el estado mental del refugiado; sino debe utilizarse este elemento para analizar la posibilidad de una expectativa de riesgo a futuro que conlleve a una persecución.<sup>29</sup> Por tanto, no se debería buscar la existencia de un nivel de temor en específico, puesto que las personas usualmente tienen distintas reacciones al mismo estímulo.

---

<sup>26</sup> Refugee Law Reader. *Compilación de Derecho de las Personas Refugiadas*. Tercera edición. Londres: 2015, p.22.

<sup>27</sup> *Id.*, p.21.

<sup>28</sup> Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Oxford: 2011, p. 339.

<sup>29</sup> Gina Clayton. *Textbook on Immigration and Asylum Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014, p.419.

El elemento objetivo exige que se relacione a la situación específica planteada por el solicitante con el contexto del país del cual proviene. Sobre esto, el Manual de Procedimiento del ACNUR explica que:

Las declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto de la situación pertinente. El conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, aunque no sea un objetivo primordial, es un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona.<sup>30</sup>

Este elemento, busca que las autoridades tengan una comprensión del panorama de la solicitud.<sup>31</sup> Cabe destacar que podría suceder que la persona solicitante padezca de un tipo de persecución específica que no sea ampliamente divulgada, como el caso de segregación o violencia contra identidades y sexualidades no normativas; o, podría suceder que esta persecución todavía no se haya dado pero que exista una posibilidad razonable de que se genere a futuro. Sobre estos casos, las Directrices de Michigan explican que:

The evidence unique to the applicant, including evidence of personalized and relevant past persecution, is directly relevant to the determination of well-founded fear, but is not a prerequisite. **An applicant who, prior to departure from his or her country of origin, was not subject to persecution, nor directly threatened with persecution, can establish by other evidence a well-founded fear of being persecuted in the foreseeable future.**<sup>32</sup>  
[Resaltado por la autora].

Es decir, no se requiere que el solicitante haya sufrido personalmente la persecución en su país de origen.<sup>33</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos ha observado que el estándar respecto de este temor de persecución futura es que exista una posibilidad razonable.<sup>34</sup>

Para que se considere que este temor es fundado no es necesario que se demuestre que ya se ha producido la persecución, sino que existe una posibilidad razonable y creíble de que la

---

<sup>30</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 2011, párr. 36.

<sup>31</sup> *Id.*, párr. 37-38.

<sup>32</sup> Michigan Law School. *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*. Michigan: 28 March 2004. <http://www.refugee.org.nz/fear.html> (acceso: 20/06/2016).

<sup>33</sup> James Hathaway. *Is There A Subjective Element In The Refugee Convention's Requirement Of "Well-Founded Fear"*. Michigan: 2014, p.12.

<sup>34</sup> U.S. Supreme Court. *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*. No. 85-782. Marzo 1987, p. 241.

persona pueda ser sometida a persecución en caso de que se vea obligada a retornar a su país, y ello debido a sus circunstancias concretas y a la situación de su país de origen.<sup>35</sup>

Siguiendo esta línea, el Manual de Procedimientos del ACNUR menciona que:

Los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, **en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable** por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él.<sup>36</sup> [Resaltado por la autora].

Es así, que el entrevistador debe buscar indicios que lleven a establecer que existe una posibilidad razonable de que el solicitante puede sufrir de persecución si regresa a su país.<sup>37</sup>

No se solicita la búsqueda de hechos conducentes a una persecución, sino tan solo de indicios que permitan verificar que la persecución es una posibilidad a futuro.

Finalmente, en casos donde la identidad de género y orientación sexual son los motivos para la solicitud de protección internacional, el ACNUR ha determinado que “el solicitante que aduce temor de ser perseguido debido a su orientación sexual [o identidad de género] no debe acreditar que las autoridades conocían su orientación sexual antes de salir del país de origen”.<sup>38</sup> Así, el requisito de presentación de la solicitud dentro de un plazo establecido por el Decreto 1182, restringe la posibilidad de acceso a la protección internacional, en cuanto la persecución puede darse una vez pasado el plazo para presentar la solicitud. En este sentido, es fundamental entender que el fundado temor se basa “en la evaluación de las consecuencias que enfrentaría la persona si regresara”.<sup>39</sup> En conclusión, el análisis del temor fundado debe analizar los elementos subjetivos y objetivos, con el fin

---

<sup>35</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Consiglio Italiano per i Rifugiati & France terre d’asile. Exchange for change. *Guía para solicitantes de protección internacional por motivos de género*. Madrid: 2015, p.18.

<sup>36</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 201, párr. 36.

<sup>37</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Consiglio Italiano per i Rifugiati & France terre d’asile. Exchange for change. *Guía para solicitantes de protección internacional por motivos de género*. Madrid: 2015, p. 19.

<sup>38</sup> ACNUR. *Directrices sobre protección internacional nro. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual o/y la identidad de género en el contexto del artículo 1.A.(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o/y su Protocolo de 1967*. Ginebra: 23 de octubre de 2012, p. 2.

<sup>39</sup> *Ibid.*

de obtener indicios de que existe una razonable posibilidad de persecución presente o a futura.

### 1.2.2 Persecución

Una vez analizado el temor fundado, es necesario establecer cuáles son las conductas que pueden ser consideradas persecutorias y generan, por tanto, un temor en la persona refugiada. La Convención de 1951 no otorga una definición específica o taxativa de las conductas que podrían ingresar como persecución.<sup>40</sup> En la práctica esta falta de definición ha servido para que los funcionarios encargados de analizar la solicitud de varios países puedan delimitar el ingreso de refugiados, utilizando un sentido restrictivo a la definición de persecución.<sup>41</sup> Para completar este vacío varias fuentes de derecho internacional han generado distintas definiciones de la palabra persecución.

Inicialmente, el sentido otorgado a este término expresaba que la persecución consistía en “toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona [...]”<sup>42</sup>, sin embargo esta aproximación ha variado con el tiempo. Una de las definiciones más aceptadas al concepto de persecución es que constituye todo tipo de “graves violaciones de los derechos humanos”.<sup>43</sup> Otras corrientes más inclusivas han establecido que la persecución se refiere a una violación de derechos humanos que “demuestre una falta de capacidad o falla del Estado para brindar protección”.<sup>44</sup> En este sentido, más adelante se definirá la interpretación que se ha dado a estos conceptos de persecución.

---

<sup>40</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 2011, p. 29.

<sup>41</sup> James Hathaway & Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013, pp. 103-104.

<sup>42</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, p.29.

<sup>43</sup> *Id.*, p.11.

<sup>44</sup>James Hathaway & Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013, pp. 103-104.

### 1.2.3 Motivos de persecución

La persecución debe estar ligada a uno de los cinco motivos establecidos en la Convención de 1951.<sup>45</sup> En jurisprudencia y doctrina internacional, existe un consenso de que la identidad de género y/u orientación sexual se asocia normalmente como una razón dentro de la pertenencia a un grupo social determinado.<sup>46</sup> El ACNUR menciona que las solicitudes de asilo por motivos de identidad de género y/u orientación sexual son usualmente reconocidas bajo la pertenencia a un grupo social determinado. Aunque, podría suceder que existan otras razones relevantes dependiendo del solicitante y contexto del país de donde proviene. Por ejemplo, los activistas LGBTI y defensores de derechos humanos pueden tener solicitudes basadas en la opinión política o la religión si, por ejemplo, se considera que su defensa va en contra de los puntos de vista y/o prácticas políticas o religiosas prevalecientes en el país de origen.<sup>47</sup> Cabe destacar, que no es necesario que el solicitante conozca específicamente los motivos por los que se genera el temor fundado de persecución, en consecuencia la autoridad administrativa es la encargada de averiguarlo a través de la entrevista.

#### 1.2.3.1 Grupo social determinado

El primer motivo relevante respecto de la discriminación contra LGTBI es la persecución basada en la pertenencia a un grupo social determinado. Aunque la Convención de 1951 no desarrolla una definición particular a este motivo, el ACNUR en sus Directrices sobre la pertenencia a un determinado grupo social establece que:

Un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) Artículo 1.A.2.

<sup>46</sup> ACNUR. *Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/03/05. Ginebra: 4 de septiembre de 2003, p.4.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 1992, párr. 72..

Existen dos enfoques para el análisis de un grupo social determinado, el primero se basa en la existencia de características protegidas y el segundo requiere de la percepción social. El enfoque de las características protegidas reconoce que un “grupo se encuentra unido por una característica innata o inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que una persona no debe ser obligada a abandonarla”.<sup>49</sup> En cambio, el enfoque de percepción social analiza si “un determinado grupo social comparte una característica común que hace que sea conocido o que los miembros del grupo sean considerados como distintos a la sociedad en general”.<sup>50</sup> Es importante recalcar que no es necesario que la persona tenga estas características o pertenezca al grupo social como tal, puesto que podría suceder que el agente persecutor perciba que el solicitante pertenece a este grupo y por eso lo persiga, a pesar de que esa no sea realidad. De ahí que la pertenencia al grupo social pueda ser real o percibida. Muchas veces en el caso de personas LGTBI, debido a ciertas conductas, se percibe que la persona pertenece a este grupo a pesar de no serlo.

El Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión nro. 39 explica como el género puede ser introducido en ambas categorías puesto que, por un lado, es un subgrupo social que está definido por características claras e inmutables y por el otro recibe un trato social diferenciado al de los hombres, lo que le atribuye una percepción social distinta.<sup>51</sup> Siguiendo esta línea, se debe destacar que muchos tribunales extranjeros han reconocido que los homosexuales, transexuales, transgénero y bisexuales constituyen un determinado grupo social debido a que su orientación sexual es una característica innata que no puede variar.<sup>52</sup> Así, el Comité para la Erradicación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer en su Recomendación General núm. 32 menciona que:

---

<sup>49</sup> ACNUR. *La protección internacional de las Persona LGTBI*. México 2012, p. 34.

<sup>50</sup> Corte Suprema de Canadá. *Canadá contra Ward*. Toronto: 30 de junio de 1993, p.122.

<sup>51</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR. *Conclusión n. ° 39: N° (XXXVI) Las mujeres refugiadas y la protección internacional*. Ginebra: 1983, párr. 28.

<sup>52</sup> Sobre esto, *vid.* Corte de Apelaciones de Inmigración de Estados Unidos. *Matter of Toboso-Alfonso*. 12 de marzo de 1990, párr. 93. Toboso fue designado “como precedente en todos los procedimientos relacionados con la misma cuestión o cuestiones”, Procuraduría General, Orden No. 1895-94, 19 de junio de 1994. Además el caso del Tribunal Federal de Australia. *R v. Immigration Appeal Tribunal and another*. 25 de marzo de 1999, párr. 146.

[el Estado debe] examinar, en caso necesario, las solicitudes relacionadas con el género a la luz del motivo de pertenencia a determinado grupo social; y considerar la posibilidad de incluir el género y el sexo, además de la condición de lesbiana, bisexual o transgénero y otras condiciones, a la lista de motivos que justifican la solicitud del estatuto de refugiado recogidos en su legislación nacional en materia de asilo.<sup>53</sup>

En este sentido, es preocupante notar que el Estado ecuatoriano no se ha referido sobre este tema. Cabe resaltar que en los casos en que la identidad del solicitante se encuentre en evolución o en las que describa su identidad y/u orientación de manera inexacta, con incertidumbre o confusión; no llevan a que la persona no pertenezca a este grupo, sino esta incertidumbre debe considerarse motivo de un grupo social que se relaciona con la dignidad irrenunciable del individuo.<sup>54</sup> Es decir, la confusión respecto a su identidad no hace que pierda la pertenencia a este grupo social determinado.

### ***1.2.3.2 Opinión Política***

Otro de los motivos de persecución relevante, es la opinión política. Normalmente se deduce que una persona que es perseguida al expresar por distintos medios [verbales y no verbales] una posición política ingresaría dentro de esta causal. En este caso, se ha mencionado que estas opiniones para que tengan el carácter de político deben versar sobre “cualquier asunto en el que la maquinaria del Estado, la sociedad o la política pueda estar involucrado”.<sup>55</sup> En este sentido, en el caso de personas LGTBI la opinión política usualmente se observa a través de distintas conductas que se oponen a las conductas heteronormativas existentes. Así, progresivamente la doctrina y la jurisprudencia internacional han desarrollado, que no se requiere de la expresa manifestación de la opinión política, es decir:

Tal vez no sea posible en todos los casos establecer un nexo causal entre la opinión expresada y las consecuencias que sufre o teme el solicitante. Más a menudo, esas

---

<sup>53</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*. Ginebra: 14 de noviembre de 2014, p. 15.

<sup>54</sup> ACNUR. *Pertenencia a un determinado grupo social. dentro del contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. HCR/GIP/02/02. Ginebra: 7 de mayo de 2002, p.34.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Canadá. *Canadá contra Ward*. Toronto: 30 de junio de 1993, p.122.

consecuencias se presentan en forma de sanciones por presuntos actos delictivos contra el poder establecido.<sup>56</sup>

Por lo tanto, no es necesario que la persona haya expresado su opinión política de manera alguna para comprobar la existencia del motivo.<sup>57</sup> Así podría que el agente persecutor, le atribuya una opinión política imputada que le coloque en una situación de peligro.

Usualmente ciertas jurisprudencias han establecido que la persecución en contra de personas LGTBI constituye opinión política solo en los casos en que las personas son perseguidas pues defendían opiniones políticas sobre la orientación sexual e/o identidad de género.<sup>58</sup> Sin embargo, esta no deber ser la única razón para que se otorgue este reconocimiento de la persecución basada en opinión política. Para algunos tratadistas europeos, la importancia de reconocer la imputación de la identidad de género y/u orientación sexual como motivos políticos reconocería la lucha diaria de estas personas en sociedades patriarcales. Es así, que actos como negarse a utilizar un velo, no pueden ser considerados dentro de un grupo determinado pues restan toda la ideología política de una mujer que se niega a utilizar velo.<sup>59</sup> El imponer a una identidad dentro de grupo social determinado, supone un error, pues se consideraría que la ideología política de la persona perseguida es la misma que la de sus persecutores y que su oposición a las condiciones patriarcales no demuestra una opinión política.<sup>60</sup> Por esta razón, el funcionario administrativo encargado de la aceptación de la solicitud debe conocer ciertas conductas heteronormativas, que le sirvan para identificar a la oposición de estos patrones como una opinión política que genera persecución.

---

<sup>56</sup> ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: 2011, p. 26.

<sup>57</sup> James Hathaway & Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013, p. 121.

<sup>58</sup> Tribunal Superior de Australia. *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. 9 de diciembre de 2003, párr. 81.

<sup>59</sup> Carmen Miguel. *Una Mirada Feminista Al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional De Las Personas Refugiadas*. Valencia: p.210.

<sup>60</sup> Víctor Merino. *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas*. Navarra: 2012, p.121.

## **Capítulo 2.- Discriminación y violencia basadas en sexualidades e identidades no normativas**

En este segundo capítulo se pretende identificar las situaciones de discriminación que ocurren en contra de las personas cuya identidad de género y/u orientación sexual no se ajustan a los estándares heteronormativos<sup>61</sup> y cisnormativos.<sup>62</sup> Esto resulta útil, pues permite examinar las tendencias de discriminación que se generan en la sociedad y que pueden como consecuencia constituir un tipo de persecución. Para ello, se comenzará brevemente explicando los conceptos de orientación sexual e identidad de género. En esta parte se analizará el concepto de discriminación, la diferencia entre discriminación y distinción legítima, la discriminación como categoría sospechosa y el escrutinio estricto. Así también, se realizará un análisis de la relación entre discriminación y violencia. De ahí, se establecerá el contexto de imposiciones normativas y prácticas discriminatorias que se producen a nivel mundial.

### **2.1 Terminología**

Es importante destacar que los términos aquí observados quizás no sean suficientes para identificar la diversidad y complejidad de identidades, sexualidades y cuerpos existentes. El análisis se limita a estas nociones en cuanto la “percepción que otras personas tienen sobre las orientaciones, identidades, expresiones y cuerpos; genera los actos discriminatorios, independientemente de que la víctima de estos actos se identifique”.<sup>63</sup> El enfoque de orientación sexual e identidad de género puede no resultar del todo positivo

---

<sup>61</sup> Sobre el término de heteronormatividad, *vid.* como “el conjunto de relaciones de poder por medio del cual la sexualidad se normaliza y se reglamenta en nuestra cultura y las relaciones heterosexuales idealizadas se institucionalizan y se equiparan con lo que significa ser humano”. Michael Warner. *Fear of a queer planet*. Durham: 1991, p.8.

<sup>62</sup> Sobre el término cisnormatividad, *vid.* utilizada para referirse a “la expectativa de que todas las personas que se les asignó masculino al nacer crecen para ser hombres y aquéllas a las que se les asignó femenino al nacer crecen para ser mujeres”. Greta Bauer, Rebecca Hammond. *I don't think this is theoretical; this is our lives: How erasure impacts health care for transgender people*. Journal of the Association of Nurses in AIDS Care. 1999, p.348.

<sup>63</sup> Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p. 31.

pues puede fomentar una interseccionalidad<sup>64</sup> en la visión de la discriminación de individuos, sobre todo en el caso de personas que no se auto-identifican en estos grupos.

### 2.1.1 Orientación sexual, identidad de género y expresión de género

Previo a establecer los conceptos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género es importante señalar que estos elementos, estos conceptos ingresan en las categorías prohibidas de discriminación.<sup>65</sup> Los Principios de Yogyakarta definen a la orientación sexual como: “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción 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 la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.<sup>66</sup> Este concepto “significa también la forma en la que se expresan estos actos”.<sup>67</sup> Así también, los Principios de Yogyakarta reconocen a la identidad de género como:

La vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.<sup>68</sup>

Siendo la identidad de género una vivencia personal del individuo, la persecución por esta causa se genera usualmente por las expresiones de género que no se acoplan a la

---

<sup>64</sup> Sobre interseccionalidad, vid. “Interseccionalidad es la teoría sociológica que propone y examina cómo diferentes categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en múltiples y, con frecuencia, simultáneos niveles, contribuyendo con ello a una sistemática desigualdad social”. Patricia Hill Collins. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. California: 2000, p.56.

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Doc. 36. Washington: 12 noviembre de 2015, p.46. Sobre esto, vid. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que “en cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual (...). La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación”. Así también, la Corte IDH, en el Caso de Karen Atala Riffó e hijas Vs. Chile menciona como otro de los motivos por el cual se prohíbe la discriminación a la orientación sexual.

<sup>66</sup> Principios de Yogyakarta. *Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. (2005). Introducción.

<sup>67</sup> Autoridad de Apelaciones de Nueva Zelanda sobre la condición de refugiado. *Refugee Appeal N° 74.665*. 7 de julio de 2004, párr. 27 y 129.

<sup>68</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Doc. 36. Washington: 12 noviembre de 2015, párr.s.20-21.

heteronormatividad de una sociedad. La Comisión Internacional de Juristas ha indicado que la noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino.<sup>69</sup> Así, los actos discriminatorios se producen cuando la sociedad percibe que una persona no cumple con el rol asignado.

## 2.2 Concepto

Uno de los puntos fundamentales para comprender la manera en que la discriminación se convierte en un tipo de persecución, es el establecer claramente los actos que constituyen discriminación. La Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determina que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual debe ser entendida como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea de hecho o de derecho- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.<sup>70</sup>

Esto, no significa que toda distinción es discriminatoria, pues existen distinciones que son legítimas y que no constituyen una violación al principio de no discriminación. Sobre esto, la Corte IDH explica que “no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento frente al individuo”.<sup>71</sup> Es decir, existen distinciones de tratamiento que son legítimas y no constituyen una vulneración al principio de no discriminación. Ahora bien, para realizar esta diferenciación se ha desarrollado el test de discriminación como el mecanismo efectivo para comparar entre una distinción legítima y un acto discriminatorio.

---

<sup>69</sup>Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Guía para Profesionales No. 4, 2009, pp. 132-133..

<sup>70</sup> Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. *Algunas precisiones y términos relevantes*. Extraído de: <http://www.oas.org> (acceso: 12/07/2016).

<sup>71</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Costa Rica: 19 de enero de 1984, párr. 57.

### 2.2.1 Test de discriminación

El test de discriminación establece que una distinción es discriminatoria cuando de acuerdo a la finalidad perseguida carece de una justificación objetiva y razonable.<sup>72</sup> Sobre esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CIDH] ha establecido que de los pronunciamientos de la Corte IDH se puede extraer dos criterios básicos para que una distinción sea discriminatoria. La primera es que “a) hay[a] una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares”<sup>73</sup> y la segunda busca que “b) la diferencia no [tenga] una justificación objetiva y razonable”.<sup>74</sup> En el caso *Thlimmenos* contra Grecia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explica que la discriminación se produce “cuando los Estados, sin mediar una justificación objetiva y razonable, no tratan en forma distinta a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”.<sup>75</sup> Ahora bien, el test de discriminación “analiza este fundamento objetivo y razonable, por medio de, por ejemplo, la relación de proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido”.<sup>76</sup> Sobre esto, la Comisión IDH ha establecido que hay una situación de discriminación cuando “no hay una razonable y objetiva proporcionalidad entre los medios empleado y el objetivo cuya realización se persigue”.<sup>77</sup>

La ventaja de este test es que a diferencia del test de restricción de derechos, permite analizar una restricción particular y no sólo una restricción general.<sup>78</sup> Existen tres

---

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Costa Rica: 28 de agosto de 2001, párr. 42.

<sup>73</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marcelin Hanríquez vs. Argentina*. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, párr. 37

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humano. *Caso Thliemmenos v. Greece*. N° 34369/97. 6 de abril de 2000, párr. 44.

<sup>76</sup> Daniel Vázquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad autónoma de México. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 77.

<sup>77</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marcelin Hanríquez vs. Argentina*. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, párr. 37.

<sup>78</sup> Daniel Vázquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad autónoma de México. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 77.

formas de aplicación de este test: “las provenientes de la tendencia alemana y española, la técnica aplicada por la corte de Estados Unidos y, el intento de integración realizado por la Corte Constitucional Colombiana”.<sup>79</sup> Ahora bien, aunque cada una de estas tendencias varía dependiendo de la intensidad del acto discriminatorio, las tres observan en su versión más simple los mismos parámetros.<sup>80</sup> Es decir, comparan entre casos iguales o similares y examinan si existe una justificación no subjetiva y razonable.

Para verificar la existencia de una diferencia de tratamiento distinto entre situaciones análogas o similares, es necesario realizar una comparación del tratamiento que se otorgaría a la persona si esta tuviera una identidad de género y/u orientación sexual distinta. Podría resultar útil acogerse a lo expresado por la CIDH en el caso de Carlos García Saccone contra Argentina, en el que explica que hay un tratamiento desigual entre semejantes cuando:

(i) la negación de un derecho que es reconocido a otros; (ii) la disminución de un derecho a algunos, mientras que es cabalmente otorgado a otros; (iii) la imposición de una obligación a algunos, mientras es menos gravosa con otros; (iv) la imposición de un deber a algunos que no es impuesto de manera tan pesada a otros.<sup>81</sup>

Es bastante complejo realizar esta comparación ya que la mayoría de personas LGTBI se encuentran en situaciones que no son análogas a las de otras personas con un género u orientación sexual socialmente aceptada. Cabe destacar que el análisis entre casos similares puede manifestarse en 2 sentidos:

(a) alguien que es tratado en forma diferente que otro, pero quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien (b) alguien que es tratado como otros, pero considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.<sup>82</sup>

El tipo de comparación que el funcionario utilice dependerá mucho del contexto en el que se presente la discriminación.

---

<sup>79</sup> *Id.*, p.76.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carlos García Saccone contra Argentina*. Informe Nro.8/98. Caso 11.671. Washington: 2 de marzo de 1998, párr. 40.

<sup>82</sup> Laura Clérico & Martín Aldao. *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*. Madrid: 2006, p.156.

Para que una justificación sea objetiva se requiere que “la distinción no obedezca a apreciaciones que están sujetas a interpretación”<sup>83</sup>, además dichas “medidas deben abarcar a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato”.<sup>84</sup> Esto “implica evidentemente que la justificación no sea subjetiva, y por lo tanto no vinculada a la propia persona; en otras palabras, en el momento que la justificación alegada puede vincularse a una característica del individuo, puede ser discriminatoria”.<sup>85</sup> De ahí que, la justificación no debe estar basada en apreciaciones o interpretaciones sociales o individuales sobre la identidad de género y/u orientación sexual, pues las mismas usualmente derivan de interpretaciones erróneas que están fundadas en distintos estereotipos.

En contraste, respecto de la justificación de carácter razonable, no existe un consenso específico de cuándo existe este parámetro de razonabilidad. Inicialmente para que una justificación sea razonable "debe obedecer a consideraciones de lógica y su propósito no debe ser ilícito bajo el orden jurídico en cuestión".<sup>86</sup> Para Martínez y Zúñiga Urbina ciertos tribunales y cortes identifican la razonabilidad de una justificación cuando la misma tiene una explicación, prudente o lógica, que se contrapone al capricho.<sup>87</sup> Así, a pesar de que no exista un acuerdo específico sobre qué distinciones son razonables, el oficial encargado debería por lo menos esperar si esa disposición es lógica y se relaciona concretamente con el fin de la distinción.

Ahora bien, el test de discriminación “analiza este fundamento objetivo y razonable, por medio de, por ejemplo, la relación de proporcionalidad entre el trato desigual y el fin

---

<sup>83</sup> Patricia Palacios. *La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, p. 36.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Marie-Ange Moreau. *Las Justificaciones de las Discriminaciones*. Marseille: 2006, p.162.

<sup>86</sup> Patricia Palacios. *La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, p. 36.

<sup>87</sup> Andrea Rosario Íñiguez Manso. *La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso: 2014, p.24.

perseguido”.<sup>88</sup> Sobre esto, la Comisión IDH ha establecido que hay una situación de discriminación cuando “no hay una razonable y objetiva proporcionalidad entre los medios empleado y el objetivo cuya realización se persigue”.<sup>89</sup> De ahí que, para realizar el test de discriminación puede ser útil comparar la proporción de justificación objetiva y razonable con el fin perseguido y la distinción establecida.

### **2.2.2 Categoría sospechosa y escrutinio estricto**

Varios organismos internacionales han determinado que la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género constituye una categoría sospechosa de discriminación que genera una presunción de discriminación.<sup>90</sup> La presunción establece que, en los casos en que no se pueda diferenciar si existe o no una distinción legítima, se deberá presumir la existencia de discriminación. Al respecto, la Corte IDH en el caso *Flor Freire vs. Ecuador* explica que la orientación sexual ingresa categoría sospechosa y, por tanto, tiene como consecuencia la inversión de la carga probatoria, lo que significa que el Estado ecuatoriano debe probar que la restricción tenga una fundamentación de mucho peso, es decir la autoridad es la obligada a demostrar que no tenía un propósito o efecto discriminatorio.<sup>91</sup> Ahora bien, el origen de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como categoría sospechosa “se encuentra subsumido en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley”.<sup>92</sup> Por esta razón, cuando se observa a la discriminación como categoría sospechosa es

---

<sup>88</sup> Daniel Vázquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad autónoma de México. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 77.

<sup>89</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marcelin Hanríquez vs. Argentina*. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, párr. 37

<sup>90</sup> Hernan Gullco. *El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 253.

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. 31 de agosto de 2016, p. 3.

<sup>92</sup> Francesco Capotorti. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. New York: p.20.

necesario que a la vez se utilice al escrutinio estricto como forma de análisis de la existencia de discriminación.

La Suprema Corte de Justicia de México señala que, para realizar el análisis del escrutinio estricto, debe examinarse "si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa. [...] [Esto significa que] debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante, es decir proteger un mandato de rango constitucional".<sup>93</sup> De ahí, la Suprema Corte explica que debe identificarse que "la distinción está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa [...] es decir, que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos".<sup>94</sup> Finalmente, debe verificarse si "la distinción es la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa".<sup>95</sup> En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

Dentro del escrutinio estricto se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente, que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asienta exclusivamente en el prejuicio.<sup>96</sup>

Es decir, el escrutinio estricto verifica si la medida busca una finalidad que, además de ser legítima y necesaria, sea imperiosa. El problema se encuentra en definir cuando un fin es imperioso. El concepto de finalidad imperiosa es bastante obscuro, y por lo tanto exige la necesidad de evaluar cada caso en concreto. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece taxativamente que los objetivos imperiosos son: "la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas".<sup>97</sup> Siempre cabe la duda acerca de que los funcionarios de la Dirección de Refugio se limiten a alegar que las conductas que no se acoplan al orden

---

<sup>93</sup> Suprema Corte de Justicia de México. *Amparo de revisión 152/2013*. México D.F: 2013, p.14.

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Id.*, p.16

<sup>96</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68. Washington: 20 de enero de 2007, párr. 83.

<sup>97</sup> Gregorio Badeni. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: 3ª ed., p. 701.

cisnormativo y heteronormativo vulneran el orden y la moral pública y, por tanto, la discriminación constituye una distinción legítima.

Para solucionar este inconveniente, sería necesario que se “requiera de la demostración de una necesidad pública urgente y no de un mero interés legítimo”.<sup>98</sup> Por ello, a nivel internacional cortes como la Corte Constitucional de Colombia han establecido que se requiere razones de mucho peso, que tengan un carácter esencialmente constitucional y que no vulneren la dignidad humana, previo a realizar una distinción en el tratamiento con base en el sexo y género.<sup>99</sup> Es decir, el Estado se encuentra obligado a justificar la medida con un fundamento imperioso que vaya más allá de la simple justificación.

### 2.3 Tipos de discriminación

Una vez que se ha diferenciado entre distinciones legítimas y actos discriminatorios, es importante analizar cuáles son los tipos de discriminación. En este sentido, los actos discriminatorios usualmente se generan de dos formas: directa e indirecta. Ahora bien, esta diferencia resulta relevante para el tema del trabajo en cuanto la persecución y el temor fundado que provienen de actos de discriminación directa, son mucho más fáciles de establecer al momento de realizar el análisis de la condición de refugiado, de aquellos actos de discriminación que provienen de una persecución indirecta.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que existe discriminación directa cuando:

Un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, y que también lo son aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití. Informe anual. 2009, p.13.

<sup>99</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Acción de tutela instaurada por Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos*. S.A. T-5.350.821. Bogotá: 2 de junio de 2016, p.68.

<sup>100</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: 2 de julio de 2009, párrafo 10.

Así también, en el mismo párrafo se explica que: “la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos [del Pacto] afectados por los motivos prohibidos de discriminación”.<sup>101</sup> Sobre esto, la Suprema Corte de Justicia de México explica que:

La discriminación indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable.<sup>102</sup>

Esto significa que puede verificarse la existencia de discriminación indirecta al analizar la discriminación estructural efectiva en dicha sociedad. La discriminación estructural se produce cuando “el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida”.<sup>103</sup> En este sentido, en muchas ocasiones la discriminación indirecta manifestará la existencia de discriminación estructural que puede convertirse en una forma de persecución.

Ahora bien, tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta dependiendo en el contexto en el que se presente, pueden transformarse en un tipo de violencia. Es por ello que resulta necesario contrastar la relación existente entre la violencia y la discriminación. Usualmente en el proceso de reconocimiento de la condición de refugio, los funcionarios de la Dirección de Refugio requerirán que el temor fundado de persecución derive de situaciones en las que la discriminación se convirtió en violencia.<sup>104</sup> Sin embargo, todavía existirán casos en que la discriminación sin ser violencia genere un temor fundado de persecución. En todo caso, cabe resaltar que la violencia al ser una manifestación de la discriminación estructural de un país, genera un análisis de persecución mucho más claro.

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Suprema Corte de Justicia de México. *Acción de inconstitucionalidad 8/2014*. 11 de agosto de 2015, párr. 7

<sup>103</sup> Suprema Corte de Justicia de México. *Acción de inconstitucionalidad 8/2014*. 11 de agosto de 2015, párr. 73. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>104</sup> Sobre esto, *vid.* Entrevista a Francisco Carrión Asociado de Protección- Oficina ACNUR de Lago Agrío. Fecha de entrevista: 10/10/2016.

### 2.3 Violencia y discriminación

La violencia y la discriminación son dos conceptos que se encuentran estrechamente relacionados entre sí. Así, “los problemas de la discriminación y la violencia de género (...) están interconectados [pues] implican un conjunto sumamente complejo de factores sociales, económicos y culturales”.<sup>105</sup> Inicialmente, en su concepción más simple la Organización Mundial de la Salud estableció a la definición de violencia como:

El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.<sup>106</sup>

El problema radica en que esta definición en particular no toma en cuenta ciertos rasgos existentes en la violencia motivada por cuerpos e identidades no normativas. Los organismos internacionales no han desarrollado una definición comprensiva de la violencia motivada en específico por la orientación sexual y por identidad de género.<sup>107</sup> Ahora bien, se han generado indudables esfuerzos internacionales para catalogar ciertas características que se presentan en este tipo de violencia y que, como consecuencia, la diferencian de la discriminación contra personas LGTBI.

La primera de estas características es que la violencia se encuentra impulsada por el deseo de castigar a quienes se consideran que desafían las normas de género y sexualidad.<sup>108</sup> Así también, pueden existir situaciones en las que la discriminación que se produce entre personas LGTBI, sobre todo en el caso de personas trans, provenga de la necesidad de castigar a las personas que no se acoplan a binarismo de hombre/ mujer.<sup>109</sup> Ahora bien, la diferencia se encuentra en que no toda discriminación proviene del deseo de castigar, es decir no se requiere de una intención como tal. La segunda característica que se

---

<sup>105</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Doc. 36. Washington: 12 noviembre de 2015, p.35.

<sup>106</sup> Organización Mundial de la Salud. *Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority*. Ginebra:1996, p. 1.

<sup>107</sup> *Id.*, p.35.

<sup>108</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p.10.

<sup>109</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Audiencia sobre discriminación en base a género, raza y orientación sexual en América. 133° periodo ordinario de sesiones*. 23 de octubre de 2008.

ha identificado contra personas LGTBI es que ésta es ejercida entre personas a las que se percibe como desafiantes a las normas de género y sexualidad. Es así, que "en muchos casos, la percepción de ser gay o trans pone a las personas en riesgo".<sup>110</sup> Es decir, la violencia siempre surge por falsas percepciones impuestas a las personas.

En cambio, la tercera y cuarta características son la impunidad y la invisibilidad de los actos de violencia.<sup>111</sup> En esta línea, las situaciones de invisibilidad derivan de la falta de denuncia de casos discriminatorios y de violencia cotidiana.<sup>112</sup> Es decir, la tolerancia por parte del Estado de las conductas discriminatorias, se convierte en violencia. La impunidad usualmente se produce cuando los jueces mitigan las situaciones de discriminación y violencia, trasladando a los grupos LGTBI la culpa de los casos.<sup>113</sup> Un ejemplo se produce cuando los jueces justifican un ataque homofóbico como respuesta a los presuntos coqueteos de una persona homosexual. Finalmente, la última característica de la violencia es que ésta se produce para generar una limpieza social. Esta aspiración de olvido o limpieza social se lo realiza a través de maltratos constantes que fuerzan y desincentivan a las personas LGTBI de reunirse o de ejercer ciertas acciones.<sup>114</sup> Es decir, la limpieza social busca que las personas se abstengan de realizar ciertos actos en los que demuestren su identidad u orientación no normativa. La diferencia en este caso se da, pues la discriminación no tiene necesariamente, el objetivo de realizar una limpieza social, aunque si podría suceder que ciertos actos discriminatorios contribuyan a este fin.

---

<sup>110</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p.13.

<sup>111</sup> Martha C. Nussbaum. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton University Press. 2004, pp.130-134.

<sup>112</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Doc. 36. Washington: 12 noviembre de 2015, párr. 103.

<sup>113</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014*. Comunicado de Prensa No. 153A/14. diciembre de 2014, p.12.

<sup>114</sup> Tandil Gosine. *Speaking Sexuality*. Boston: 2009, p.102.

La relación entre la violencia y la discriminación es bidireccional en cuanto puede suceder que “la violencia encuentre su raíz en la discriminación”<sup>115</sup> o que “la discriminación se vuelva tan extrema que constituya una forma de discriminación y (...) el Estado viole el deber de no discriminación”.<sup>116</sup> Por ejemplo, las leyes que criminalizan las conductas homosexuales y que buscan castigar a los individuos homosexuales constituyen a la vez una forma de violencia y discriminación. En este sentido, la promulgación de la ley es un acto discriminatorio que se transforma en violencia cuando su objetivo es el de realizar una limpieza social y castigar a la persona homosexual. Por esta razón, es importante entender que la violencia puede constituir una práctica discriminatoria, que al igual que los demás casos requiere de protección internacional a través de la figura del refugio.

## **2.4 Contexto actual**

En el contexto actual, La discriminación o violencia suele generarse a través de dos situaciones en concreto: la primera, aquella que surge a través de imposiciones normativas que normalmente se ven expresadas en leyes discriminatorias; mientras que la segunda es la que se observa en conductas o prácticas discriminatorias que se ejercen directamente contra una persona o grupos de personas por asociarlo con una identidad de género y/u orientación sexual no normativa.

### **2.4.1 Imposiciones normativas**

Las imposiciones normativas consisten en regulaciones normativas que basadas en prejuicios y estigmas realizan distinciones ilegítimas que afectan el ejercicio de derecho de las personas LGTBI. En la actualidad, estas imposiciones se producen a través de dos tipos de leyes: las que penalizan o criminalizan las conductas no normativas, y, las que prohíben

---

<sup>115</sup> Sobre esto, *vid.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “el sistema interamericano reconoce que la violencia contra las mujeres y su raíz, la discriminación, es un problema grave de derechos humanos con repercusiones negativas para las mujeres y la comunidad que las rodea, y constituye un impedimento al reconocimiento y goce de todos sus derechos humanos, incluyendo el que se le respete su vida y su integridad física, psíquica y moral”. CIDH. *Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.2007, párrafo. 12.

<sup>116</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Inés Fernández Ortega vs. México*.30 de agosto del 2010, párr. 130.

el libre desarrollo de la personalidad de ciertos individuos.<sup>117</sup> A nivel mundial, existen aproximadamente más de 70 leyes que penalizan las conductas o que prohíben la libertad de desarrollo de la personalidad, sus sanciones van desde la prisión hasta la cadena perpetua e incluso la pena de muerte.<sup>118</sup>

Las leyes que penalizan o criminalizan las conductas no normativas usualmente constituyen una forma de violencia que sancionan las conductas homosexuales o las identidades de género no normativas. Podría pasar que a pesar de que no existan disposiciones que literalmente tipifiquen estas conductas, la redacción o los efectos de ciertas imposiciones normativas criminalicen al individuo y generen un temor fundado de persecución. Podría suceder que el enjuiciamiento penal provenga de una ley "que de por sí no es inherentemente persecutoria o discriminatoria, pero que puede en sí mismo equipararse a la persecución, por ejemplo, si se aplica sólo a determinados grupos o si se ejecuta arbitraria o ilegalmente".<sup>119</sup> Es decir, a veces a pesar de que la ley no criminalice la conducta su efecto podría ser la privación de la libertad de la personas LGTBI.

Esto también sucede en el segundo tipo de imposición normativa que prohíbe el libre desarrollo de la libertad. Puesto que, podría pasar que a pesar de que la ley parece garantizar la igualdad de derechos, sus efectos son discriminatorios. Sobre esto, la Suprema Corte de Justicia de México ha establecido que:

Para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, genera un efecto discriminatorio en una persona, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación [...]. Estos factores condicionan que una ley o política pública -aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita [...] finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable,

---

<sup>117</sup> Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the right to life and the use of force by private security providers in law enforcement contexts*. Ginebra: 29 de enero de 2007, párr. 1.

<sup>118</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el 150 periodo de sesiones de la CIDH*. Comunicado de Prensa No. 35A/14. 13 de mayo de 2014. Sobre esto, vid. ver asimismo, declaraciones de la CIDH emitidas en el contexto de audiencias sobre la situación de los derechos humanos en Belice, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago, y el impacto que tienen estas leyes y otras en el goce y ejercicio de derechos humanos de personas LGTBI.

<sup>119</sup> ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional: 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*. Ginebra: 7 de mayo del 2002, párr. 12.

injusto o injustificable de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.<sup>120</sup>

Al analizar el contexto en el que presentan los efectos de esta ley permite identificar un acto de discriminación en ciertas normas que parecían neutras.

#### **2.4.2 Prácticas discriminatorias**

La segunda forma en la que se observa la discriminación y violencia es a través de prácticas discriminatorias que ocurren como tratos discriminatorios, marginación o restricciones que impiden el efectivo ejercicio de derechos.<sup>121</sup> Ahora bien, es imposible nombrar todo tipo de prácticas discriminatorias existentes ya que cada experiencia individual del solicitante de refugio varía. Sin embargo, podría resultar beneficioso resaltar ciertos campos en los que predominan las prácticas discriminatorias.

Los dos primeros ámbitos en los que se verifican prácticas discriminatorias son en educación y salud. Respecto de la educación se ha observado que los menores son víctimas de acoso en el ámbito escolar.<sup>122</sup> En cambio, en la salud destaca la vulneración basada en los procedimientos o terapias con finalidad de modificar la orientación o identidad,<sup>123</sup> que pueden constituir un tipo de tortura.<sup>124</sup> Asimismo, los actos de discriminación se presentan también en el trabajo y en el acceso a la vivienda. Por ello, las personas LGTBI, se ven obligados a ocultar su identidad u orientación con el fin de acceder a un trabajo y a una vivienda digna.<sup>125</sup> Además, existen prácticas discriminatorias relacionadas con los derechos de libre desarrollo de la personalidad y de la adopción de decisiones sobre la

---

<sup>120</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acción de inconstitucionalidad 8/2014*. 11 de Agosto de 2015, párr. 73.

<sup>121</sup> Tim Padgett. “*The Most Homophobic Place on Earth?*”. Time Magazine. 12 de abril de 2006, <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1182991,00.html> (acceso: 8/08/2016).

<sup>122</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General*. 29º período de sesiones. Ginebra: 4 de mayo de 2015, párr. 57.

<sup>123</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones finales sobre los informes periódicos*. 68º período de sesiones. Ginebra: 30 de enero de 2015, párr.5.

<sup>124</sup> Sharon Bernstein. *Supreme Court won't intervene in California ban on gay-conversion therapy*. 1 de julio de 2014, p.16.

<sup>125</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto*. GB.319/LILS/INF/1. octubre de 2013, p.3.

sexualidad, la reproducción y la vida familiar.<sup>126</sup> En este sentido, muchas de las decisiones sobre la reproducción y la vida familiar se producen primero a través de imposiciones normativas y luego por medio de prácticas específicas de carácter discriminatorio.

## **2.5 Relación entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada con la discriminación**

A nivel internacional se ha desarrollado una serie de criterios respecto de los actos discriminatorios y su relación con la injerencia estatal en la vida privada y el libre desarrollo de la personalidad del individuo. En este sentido, existe un claro nexo entre la orientación sexual e identidad de género con el desarrollo de la su personalidad de un individuo,<sup>127</sup> incluyendo sus relaciones con otros seres humanos<sup>128</sup> y su autodeterminación<sup>129</sup>. Es importante recordar que el "Estado tiene un deber de no injerencia en la intimidad o vida privada de sus ciudadanos".<sup>130</sup> Por lo que, existe una vulneración al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada cuando el Estado omite su deber de protección y exige al individuo que realice o no realice ciertas conductas, para poder actuar frente a esta discriminación.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p.18.

<sup>127</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p.4.

<sup>128</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Pretty c. Reino Unido*. 29 de abril de 2002, párr.61.

<sup>129</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso D. Van Oosterwijk c. Bélgica*. Aplicación No 7654/76. 1979, p.35.

<sup>130</sup> Comité de Derechos Humanos. *Caso Antonius Cornelis Van Hulst c. Países Bajos*. Comunicación N° 903/1999. 1 de noviembre de 2004, párr.7.3. Sobre esto, vid. Comité de Derechos Humanos. *Caso Rafael Armando Rojas García c. Colombia*, Comunicación 687/1996. 3 de abril de 2001 y *Caso Giosue Canepa c. Canadá*. Comunicación N°558/1993.3 de abril de 1997.

<sup>131</sup> Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011, p.6.

### **Capítulo 3.- Discriminación contra las personas LGBTI como temor fundado de persecución**

El objetivo de esta sección es determinar el procedimiento que debe realizarse en el momento de analizar a la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual como causal para el reconocimiento de la condición de refugiado. Para esto se ha establecido ciertas guías y parámetros que pueden ser útiles para los funcionarios de la Dirección de Refugio.

#### **3.1 Temor fundado derivado de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual**

En función de lo establecido por la Convención de 1951, el primer paso para establecer si la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual constituye una causal para la solicitud de refugio consiste en identificar la existencia de un temor fundado. No obstante, en estos casos debe realizarse un análisis más cuidadoso en el que se evite que las valoraciones personales, prejuicios o estereotipos de la persona encargada de realizar la entrevista afecten la decisión sobre la solicitud. En este aspecto es útil en el caso del elemento objetivo y subjetivo, seguir ciertas directrices que permitan al funcionario tomar una decisión objetiva.

##### **3.1.1 Elemento objetivo**

Para examinar correctamente el elemento objetivo se debe examinar el contexto del país de origen. Muchas veces es difícil identificar este contexto debido a la dificultad de acceso a información verídica. Por esta razón, en esta sección parece útil tomar en cuenta a la falta de protección estatal, invisibilidad de la discriminación y violencia y la discriminación estructural como particularidades que ayudan a entender el contexto de persecución en el país de origen.

Considerando que, uno de los parámetros por los que la discriminación se convierte en persecución se produce cuando el Estado tiene una falta de capacidad para proteger al individuo, puede resultar útil que el contexto objetivo del país busque establecer cuál es la posición estatal frente a las denuncias de las violaciones de derechos de personas LGTBI. En este caso, sería beneficioso observar si existen constancias judiciales que demuestren que el Estado sanciona los casos de violencia y discriminación contra personas LGTBI. En

contraste, podría ser útil observar que no existe ningún tipo de judicialización de los ataques a estas personas. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos establece que un ejemplo de la discriminación y violencia se produce cuando “a menudo los Estados no alcanzan a proteger debidamente a las personas LGBT contra el trato discriminatorio en la esfera privada”.<sup>132</sup> En otras palabras, en gran medida la falla o falta de protección estatal puede ayudar a construir el elemento objetivo.

Así también, la invisibilidad de la discriminación es otro parámetro a tomar en cuenta en el análisis del elemento objetivo. La Mesa de Expertos de ACNUR ha establecido que "muchos solicitantes no pueden corroborar su temor de persecución debido a la falta de información específica sobre LGBTI en el país. La recopilación de datos fiables para cada uno de los grupos LGBTI plantea un gran desafío".<sup>133</sup> Cabe resaltar que, la falta de información acerca de la discriminación o violencia ejercida con estos grupos, es una clara señal de posible contexto de persecución que tiene un país.<sup>134</sup> Esto es, en el caso de la falta de información sobre las prácticas discriminatorias aporta a establecer el clima generalizado de violencia y discriminación que puede estar ocurriendo en el país de origen.

Otra forma en la que se puede analizar el elemento objetivo es examinando la discriminación estructural contra personas LGTBI en el país de origen. En todo caso, los funcionarios de la Dirección de Refugio deberían observar dos tipos de situaciones. La primera situación es analizar cuáles son las costumbres sociales, prácticas culturales y religiosas aceptadas históricamente en dicho país. Por ejemplo, un país que es notoriamente católico puede generar un indicio de la existencia de persecución. La segunda situación consiste en analizar el enfoque normativo sobre acceso y ejercicio de derechos existente en dicho país. Por ejemplo, si se observa que las regulaciones no tienen un enfoque de género o que las regulaciones internas no reconocen situaciones de acceso a derechos, como la

---

<sup>132</sup> Consejo de Derechos Humanos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes*. Ficha de datos. Ginebra: 2015, p.2.

<sup>133</sup> Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010, p.5.

<sup>134</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *CEAR denuncia la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género con motivo del Día del Orgullo LGBT*. Madrid: 2 de julio de 2014. <http://www.cear.es/tag/lgbt/> (último acceso: 16/09/2016).

negativa de inscripción del cambio de género en el caso de personas transgénero, se puede observar claramente la existencia del elemento objetivo del temor fundado observado por el solicitante.

Finalmente, es importante recordar que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual constituye una categoría sospechosa, y en consecuencia de esto, en caso de falta de información objetiva sobre el país de origen debería presumirse que la narración realizada por el solicitante será suficiente para entender objetivamente el contexto social y cultural del país.

### 3.1.2 Elemento subjetivo

Debido a los prejuicios y estereotipos sociales que cada individuo tiene a nivel personal, resulta mucho más difícil establecer la existencia de un elemento subjetivo.<sup>135</sup> Sin embargo, muchos de los funcionarios fallan al relacionar los hechos relatados por el solicitante con la existencia de un temor fundado debido a que no han vivido la experiencia mencionada por el solicitante.<sup>136</sup> Por ejemplo, es difícil imaginar que una persona que nunca ha debido ocultar expresiones respecto de su sexualidad o identidad, comprenda la afectación psicológica que se genera en otro individuo al obligarle a ser discreto respecto de ello.<sup>137</sup> En este sentido, se ha observado que "la salud mental y los problemas psicológicos, incluyendo la homofobia internalizada del entrevistador puede ser un obstáculo significativo para acceder a los procedimientos de asilo".<sup>138</sup> Es decir, importa mucho la respuesta psicológica del entrevistador respecto de las personas LGTBI.

Puede resultar vergonzoso para el solicitante expresar la afectación que le ha generado la persecución. Es por ello, que se recomienda que el funcionario de la Dirección

---

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Sharalyn Jordan. *Refugiados no-convención(ales): Contextualización de los relatos de los refugiados que sufren persecución homofóbica o transfóbica*. 2010, p.8. <http://pi.library.yorku.ca>. (último acceso: 27/09/2016).

<sup>137</sup> Sharalyn Jordan y Chris Morrissey. "¿Por qué motivos?" *Solicitudes de asilo de LGBT en Canadá*. Revista de migraciones forzadas. Orientación sexual e identidad de género y la protección de los migrantes forzados. Mayo del 2013, pp.23-15.

<sup>138</sup> Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010, p. 4.

de Refugio trate de establecer una relación de confianza en donde se dé a los solicitantes el tiempo necesario para contar su experiencia al entrevistador. Además, es fundamental tomar en cuenta las particularidades de la persona que realizará la entrevista puesto que, podría suceder que un hombre homosexual que ha debido ocultar su sexualidad, no se siente en confianza de manifestar la afectación que esto le generó si el funcionario es un hombre.

### **3.2 Persecución derivada de la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual**

Una vez que se ha observado el temor fundado, el siguiente paso es establecer si la discriminación ingresa dentro del umbral de persecución. En esta parte, previo a establecer los parámetros por los que la discriminación contra personas LGTBI pueden ingresar en el umbral de persecución, resulta fundamental analizar la premisa de que la mera discriminación no constituye persecución.

#### **3.2.1 Mera discriminación como persecución**

A nivel internacional no existe un consenso sobre cuáles actos de discriminación pueden generar un temor de persecución.<sup>139</sup> Lo único que se ha establecido es que en un inicio "la mera discriminación no constituye persecución".<sup>140</sup> Sin embargo, en el contexto actual, continuar con esta posición resulta riesgoso pues eleva la protección internacional solo a los casos en los que existe un nivel de amenaza a la vida o a la integridad de la persona. Si se considera el panorama de violencia y discriminación que se produce a través de las imposiciones normativas y las prácticas discriminatorias, esta posición resulta extremadamente restrictiva y no cumple el fin de la figura del refugio.

Por esta razón, para analizar a la mera discriminación como forma de persecución se requiere observar las otras perspectivas sobre las que se ha desarrollado el concepto de persecución. Una de estas posiciones apoya que la persecución se produce cuando existen graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo no es recomendable observar este

---

<sup>139</sup> *Id.*, p.43.

<sup>140</sup> ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional: 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*. HCR/GIP/02/01. Ginebra: 7 de mayo de 2002, párr.14.

criterio pues resulta mucho más restrictivo probar la existencia de estas graves violaciones. A pesar de esto, igual podría establecerse que la mera discriminación contra personas LGTBI es una grave violación a los derechos humanos, en cuanto puede ser observada como una vulneración a la prohibición de no discriminación como norma *Jus Cogens*<sup>141</sup> y, a la vez como una violación al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho inderogable.<sup>142</sup> Es aconsejable que debido al contexto de discriminación se utilice un concepto de persecución mucho más inclusivo.

La persecución también se produce cuando existe una falla o una falta de capacidad estatal para brindar protección. La falla de protección estatal se origina cuando el estado no cumple con la finalidad de proteger al individuo y permite que ocurran violaciones a sus derechos humanos.<sup>143</sup> En cambio, la falta de capacidad se origina cuando el Estado no tiene la capacidad suficiente para garantizar la protección de los derechos humanos del individuo.<sup>144</sup> Más adelante, cuando se examine cómo se desarrollan los parámetros de discriminación para ingresar en el umbral de persecución, se observará la manera en la que debe establecerse esta falla o falta de capacidad de protección. Por ahora, es suficiente establecer que la mera discriminación puede constituir persecución en cuanto la misma demuestra una notoria falla o falta de capacidad estatal para garantizar la protección del derecho a la no discriminación del individuo que se ve afectado.

---

<sup>141</sup> Sobre esto, *vid.* A pesar de no existir una lista taxativa de cuáles son las normas *Jus Cogens* e incluso ha a pesar de la oposición respecto a su existencia podría fundamentarse que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como varias Relatorías de Naciones Unidas han identificado a la prohibición de discriminación como una norma *Jus Cogens*. Por ejemplo, el Relator de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Reparación de las Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos, estableció que entre los actos que constituyen graves violaciones se encuentra la discriminación, en particular por motivos de raza o sexo. Comisión de Derechos Humanos. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Ginebra: 2 de julio de 1993, p. 13.

<sup>142</sup> Sobre esto, *vid.* Para varios autores el derecho a la no discriminación es un derecho inderogable que no puede ser anulado bajo ninguna circunstancia. Federico Andreu-Guzmán. *Impunidad y Graves violaciones a los derechos humanos*. Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, 2014, p. 28.

<sup>143</sup> Comisión de Derechos Humanos. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Ginebra: 2 de julio de 1993, p. 13.

<sup>144</sup> *Ibid.*

No obstante, se debe tomar a esta premisa con mucha precaución, pues, podría tener como efecto que muchos casos en donde no existe persecución sean protegidos, lo que significaría que el estatus que implica la calidad de refugiado podría reducirse a una condición migratoria que no otorgue el mismo nivel de protección internacional. A pesar de esto, todavía resulta de fundamental importancia que en el sistema ecuatoriano se considere en principio a la mera discriminación como una posible persecución, en cuanto esta premisa permitirá al entrevistador realizar un análisis individualizado de cada solicitud en el caso específico.

### **3.2.2 Parámetros por los que la discriminación contra personas LGTBI ingresa en el umbral de persecución**

Como se mencionó anteriormente, para no desnaturalizar a la figura de refugio resulta útil establecer ciertos parámetros que guíen sobre cuales actos discriminatorios pueden ingresar en el umbral de persecución. La situación de discriminación descrita por el solicitante no debe cumplir obligatoriamente con uno de los parámetros aquí mencionados, puesto que, los mismos no abarcan la diversidad de situaciones que se presentan en la actualidad.

#### ***3.2.2.1 Discriminación con consecuencias esencialmente lesivas***

El primer parámetro se produce cuando la discriminación (simple o acumulada) genera en el individuo “consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de quien se tratase, como por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles”<sup>145</sup> y, con ello, la persona tenga desconfianza y temor de continuar en ese país. En esta línea el Manual del ACNUR señala que:

Las medidas de discriminación, aunque no tengan en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución **si crean en el fuero interno de la persona de la que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto medidas discriminatorias se podrían aplicar por ley y/o mediante la práctica social, y podrían tener una serie de resultados perjudiciales para la persona.**<sup>146</sup> [Resaltado por la autora].

<sup>145</sup> ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados* Reedición II. Ginebra: diciembre de 2011, p.23.

<sup>146</sup> *Ibid.*

Es decir, el trato desfavorable que la persona reciba es persecutorio cuando genera en el solicitante una afectación severa, perjudicial o lesiva que crea en ella un sentimiento de desconfianza e inseguridad. Ahora bien, el problema radica en considerar cuales son las consecuencias lesivas que debe identificarse para establecer la existencia de esta persecución.

Al respecto, en Estados Unidos, la Corte de Apelaciones sobre el estatus migratorio ha establecido que para analizar el perjuicio ocasionado al solicitante debe entenderse que las afectaciones pueden variar dependiendo de la situación y del estado mental de la persona.<sup>147</sup> Dicho de otra manera, por un lado debe analizarse la situación del individuo en particular y por otro lado, el estado mental o el nivel de afectación de la persona.

Así, respecto de las situaciones que se requieren para generar consecuencias lesivas en el individuo, la jurisprudencia estadounidense ha exigido que la discriminación se eleve por encima del mero acoso.<sup>148</sup> En contraste, las cortes suizas han determinado que afectación se convierte en persecución cuando la persona no puede acceder a una vida digna en su país de origen.<sup>149</sup> Es decir, existen consecuencias lesivas a la persona cuando la discriminación supera el mero acoso o cuando la discriminación impide el acceso a una vida digna. También, podría decirse que existe una afectación lesiva cuando "se ha generado una presión psicológica insoportable que lo obliga a salir de su país".<sup>150</sup> Cabe destacar que resulta muy complicado para los entrevistadores comprender el nivel de afectación de situaciones que probablemente no han experimentado.

### **3.2.2.2 Patrón acumulativo de discriminación**

El segundo parámetro que se ha observado surge de James Hathaway, quien explica que constituirá persecución todo acto discriminatorio que tenga un patrón acumulativo de

---

<sup>147</sup> Corte Suprema de Canadá. *Canadá contra Ward*. Toronto: 30 de junio de 1993, p.56.

<sup>148</sup> US Court of Appeals. *Nagoulko vs INS*. Ninth Circuit. 24 de junio de 2003, p.16. Sobre esto, *vid.* US Court of Appeals. *Tesfu vs Attorney-General*. Seventh Circuit. 14 de marzo de 2003, p. 11.

<sup>149</sup> Swiss Federal Administrative Tribunal. *Decision of the Swiss Asylum Appeal Commission*. E-3516/2006. Zurich: 15 de junio de 2007, p.55.

<sup>150</sup> Swiss Federal Administrative Tribunal. *Decision of the Swiss Asylum Appeal Commission*. E-3516/2006. Zurich: 15 de junio de 2007, p.55.

hostigamiento.<sup>151</sup> Esto se relaciona con los parámetros anteriormente mencionados en cuanto, cuando existe un patrón acumulativo de hostigamiento, se supera el umbral del mero acoso y se genera una afectación a la dignidad humana. A nivel internacional, en jurisprudencia de países como Inglaterra e Irlanda del Norte, los tribunales han reconocido que los efectos acumulativos de la discriminación constituyen persecución cuando sus efectos de manera acumulada se producen en un solo lugar (país).<sup>152</sup> Un ejemplo, de esta acumulación se produce “cuando a una persona LGBT se le niega consistentemente el acceso a los servicios disponibles normalmente, tales como educación, seguridad social, salud y judicial, ya sea en su vida privada o en su lugar de trabajo”.<sup>153</sup> Cabe destacar, que el ACNUR ha establecido que:

Puede ocurrir, que un solicitante **haya sido objeto de diversas medidas** que de por sí no supongan persecución (por ejemplo, de diferentes formas de discriminación), **combinadas en algunos casos con otros factores adversos** (como el clima general de inseguridad en el país de origen).<sup>154</sup> [Resaltado por la autora].

De todos modos, a pesar de que no exista una discriminación y violencia acumulada en el individuo, la conjunción de otros elementos como el clima de inseguridad generará en el individuo una persecución.

### ***3.2.2.3 Falta o falla de capacidad del Estado para brindar protección***

El tercer parámetro que se ha utilizado para observar a la discriminación de cuerpos no normativos como forma de persecución es la falta de capacidad o falla del Estado para brindar protección a los individuos LGTBI. Esta incapacidad para brindar protección ha sido traducida como el incumplimiento de las obligaciones de garantía y protección establecida en varios instrumentos internacionales.<sup>155</sup> En este sentido, Hathaway & Foster proponen que se observe el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Carta

---

<sup>151</sup> James Hathaway & Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013, p.189.

<sup>152</sup> Canada Federal Court. *M.C.I. v. Hund*. IMM-5512-07. Lagacé: 5 de febrero de 2009, p.121.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> James Hathaway & Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013, p.189.

Internacional de los Derechos Humanos.<sup>156</sup> En esta línea, el ACNUR ha establecido que el observar el incumplimiento de las obligaciones internacionales “ha ayudado a los encargados de la toma de decisiones a determinar la naturaleza persecutoria de las diversas formas de daños que puede experimentar una persona debido a su orientación sexual [e/o identidad de género]”.<sup>157</sup> Así también, existe un incumplimiento de las obligación estatales cuando “la acción u omisión de cualquier autoridad pública de un Estado, constituye un hecho imputable a este, y compromete su responsabilidad internacional”.<sup>158</sup> Es importante destacar que la falta de capacidad de protección del Estado “puede configurarse independientemente de que éstos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada”.<sup>159</sup> En otras palabras, el incumplimiento de la obligación de protección se puede producir por: actos cometidos directamente por el Estado o por actos cometidos por entidades privadas en donde el Estado no ha sido capaz de proteger al individuo.

Por un lado, la falta de capacidad estatal se produce directamente por el accionar del Estado, quién ejecuta imposiciones normativas discriminatorias o realiza prácticas discriminatorias al negar ciertos derechos a las personas LGTBI. Fishel de Andrade ha expresado que: “la falta de protección puede equivaler a persecución cuando el Estado, ya sea por política o práctica, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves”.<sup>160</sup>

Por otro lado, puede suceder que el incumplimiento se produzca a través de actuaciones de particulares que generen responsabilidad al Estado. Esto se deriva de la

---

<sup>156</sup> *Id.*, p.103.

<sup>157</sup> ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008, p.8

<sup>158</sup> Sobre esto, *vid.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en ese mismo sentido en las siguientes sentencias: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, 169 y 170. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 110. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 79.

<sup>159</sup> Juez Caçado Trindade. *Voto razonado en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. “La última tentación de Cristo. Serie C No. 73. Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 72.

<sup>160</sup> José Fischel. *On the Development of the Concept of ‘Persecution’ in International Refugee Law*. *Anuario Brasileiro de Dereito Internacional*. Volumen 2. Sao Paolo: p. 127.

obligación estatal que el Estado adquiere para adoptar medidas que aseguren efectivamente la protección de los derechos humanos en las relaciones entre individuos.<sup>161</sup> La falta de protección estatal en el caso de vulneraciones cometidas por entidades privadas puede presentarse usualmente en dos momentos. El primero, ocurre cuando el Estado tolera o es cómplice en las prácticas realizadas por terceros y, el segundo, se produce cuando el estado no está en capacidad de brindar protección, debido a la falta de diligencia para prevenir dicho acto.<sup>162</sup> Sobre esto, el ACNUR ha establecido que:

Un solicitante bien podría establecer una solicitud [de refugio] válida en situaciones en las que el Estado **condone o tolere las prácticas discriminatorias o los perjuicios perpetrados en su contra**, o en las que el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios.<sup>163</sup> [Resaltado por la autora].

Respecto del primer momento, los organismos internacionales de protección de derechos humanos han establecido que la existencia de tolerancia y aquiescencia estatal genera un incumplimiento a las obligaciones internacionales. La aquiescencia estatal se produce cuando el aparatage estatal muestra un nivel de complicidad, apoyo y colaboración para que los grupos particulares cometan las violaciones de los derechos humanos.<sup>164</sup> En cambio, el Estado tolera la discriminación cuando existe una ineficacia del aparatage estatal (ya sea judicial, administrativo u otra forma) para dar una respuesta a la discriminación que se produce por la identidad de género y/u orientación sexual.<sup>165</sup> En este sentido, la ineficacia no significa necesariamente la impunidad de los actos, sino la inobservancia de los mismos,

---

<sup>161</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Serie C No. 134. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 113.

<sup>162</sup> ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008, p.5.

<sup>163</sup> ACNUR. *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas*. Ginebra: 2003, p.120.

<sup>164</sup> Sobre esto, *vid.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C No. 4. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 173; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Serie C No. 5. Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y 187.

<sup>165</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, p. 55.

alegando que las conductas discriminatorias en contra de personas LGTBI son una situación natural.<sup>166</sup> Así también podría pasar que:

Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ej. la mutilación genital femenina), también podría ser, que continúe tolerando o dicha práctica, por no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución.<sup>167</sup>

Es así, que se podría concluir que existe tolerancia o aquiescencia estatal cuando “[l]os actos cometidos por los particulares no pueden ser caracterizados como meros hechos dentro de su esfera privada pues están vinculados con conductas activas y omisivas de agentes estatales, que comprometen la responsabilidad internacional del Estado”.<sup>168</sup> Por esta razón, el entrevistador al momento de analizar el caso debe tomar en consideración cuál fue el papel del Estado respecto de la discriminación.

Respecto de la falta de diligencia para prevenir actos discriminatorios se ha establecido que a pesar de que el Estado haya prohibido ciertas prácticas discriminatorias no significa que haya cumplido con las obligaciones internacionales.<sup>169</sup> Sobre esto, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado dos tipos de criterios. El primero que explica que existió una falta de diligencia del Estado “a pesar del conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinado”<sup>170</sup> de una posible discriminación. El segundo se produce cuando la discriminación es “perpetrada por entidades privadas a las que el Estado ha delegado la prestación de servicios públicos”.<sup>171</sup> No se requiere que un organismo internacional se haya manifestado sobre esta falta de diligencia para que exista

---

<sup>166</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *CEAR denuncia la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género con motivo del Día del Orgullo LGBT*. Madrid:2 de julio de 2014. <http://www.cear.es/tag/lgbt/> (último acceso: 16/09/2016).

<sup>167</sup> ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: *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*. HCR/GIP/02/01. Ginebra: 7 de mayo de 2002, párr. 10.

<sup>168</sup> Juez Cançado Trindade. *Voto razonado en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. “La última tentación de Cristo. Serie C No. 73. Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 76.

<sup>169</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2009, pp.19-21.

<sup>170</sup> Felipe Medina. *La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis de la jurisprudencia interamericana*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> (último acceso: 21/10/2016).

<sup>171</sup> *Ibid.*

persecución, bastaría que exista una posibilidad razonable de que no existe esta diligencia para que pueda observarse la persecución.<sup>172</sup> Cabe destacar que, bajo la doctrina de categorías sospechosas, la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual generará falta de diligencia en la prevención en cuanto existe un riesgo cierto e inmediato de que ocurra discriminación por estos motivos.

#### ***3.2.2.4 Existencia de un daño o posibilidad de daño***

El último parámetro que se ha establecido para considerar la existencia de persecución en los casos de discriminación se origina cuando los actos discriminatorios generan un daño o generan un riesgo de daño en el individuo. El riesgo de que se origine un daño es un requisito que no se observa solo en situaciones de discriminación, sino también en casos de violencia y de conmoción social. El problema de este parámetro se encuentra en identificar el tipo de daño que derivará en la necesidad de protección internacional. En principio podría establecerse que todas las personas que se encuentran en riesgo de tener un daño físico que amenace su vida, libertad o integridad personal pueden tener un temor fundado de persecución.<sup>173</sup> Es más difícil establecer si un daño psicológico derivado de la discriminación puede ser causal suficiente para generar persecución. En función del primer parámetro antes establecido, podría argumentarse que si el daño psicológico genera en la persona una afectación de carácter esencialmente lesivo, que puede generarle desconfianza de su situación, se estaría frente a una situación de persecución.

Una de las formas en las que los autores han analizado el requisito de la existencia de un riesgo de daño es establecer la fuente que genera dicha afectación. Si el daño proviene de un factor exógeno, se estaría en un caso de persecución en cuanto la persona discriminada no puede controlar la situación externa a él, así la discriminación proviene de fuentes externas al individuo.<sup>174</sup> En cambio, si el daño proviene de un factor endógeno, es decir proviene debido al accionar del individuo, normalmente resulta más difícil otorgarle

---

<sup>172</sup> ACNUR. *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*. Ginebra: 9 de diciembre de 1998, p.4.

<sup>173</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 1992, p. 8.

<sup>174</sup> James Hathaway & Jason Pobjoy. *Queer cases make bad law*. New York University Journal of International Law and Politics. Vol. 44. Enero de 2012, p.32.

protección. Sobre esto, Hathaway ha establecido que el problema del análisis de daño endógeno es que el mismo exige al individuo una obligación de discreción u ocultamiento.<sup>175</sup> No obstante, como se observará más adelante, la obligación de discreción no debe ser una carga en el individuo al momento de realizar el análisis del temor fundado de persecución.<sup>176</sup> Cabe resaltar que la persecución ocurre a través de una acción u omisión que puede generar un daño de cualquier tipo en el individuo.

### **3.3 Problemáticas respecto a la credibilidad y carga de la prueba**

Respecto de este tipo de solicitudes es lamentable notar que a nivel judicial se ha llegado a imponer erróneamente ciertas cargas, sobre todo probatorias, para reconocer la existencia de un temor fundado.<sup>177</sup> En esta parte se pretende mostrar ciertas particularidades que son repetitivas en todos los casos suscitados a nivel internacional.

#### **3.3.1 Intención discriminatoria**

El primer inconveniente se produce cuando los funcionarios, al no observar una intención de discriminación, asumen que no existe persecución.<sup>178</sup> Sin embargo, para que un acto sea discriminatorio no se requiere de la intención de discriminar. Guillermo Treacy explica que la discriminación se configura “aun cuando no pueda acreditarse que los autores del acto discriminatorio hayan tenido la intención de discriminar [...] no es exigible, que se demuestre la finalidad de discriminar a un grupo, siempre que se acredite que la medida tiene un impacto discriminatorio”.<sup>179</sup> De ahí que, podría existir un tipo de discriminación indirecta que no tenga una intención de discriminar, pero que debido a sus consecuencias constituye un acto discriminatorio. Por ejemplo, las leyes que en principio

---

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *CEAR denuncia la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género con motivo del Día del Orgullo LGBT*. Madrid: 2 de julio de 2014. <http://www.cear.es/tag/lgbt/> (último acceso: 16/09/2016).

<sup>177</sup> Federal Court of Canada. *Molnar contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)*. 2005-FC-98. 21 de enero de 2005, considerando 33.

<sup>178</sup> ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008, p.17.

<sup>179</sup> Guillermo Treacy. *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*. Lecciones y Ensayos nro. 89, 2011. p. 196.

parecen neutrales pero, debido a sus efectos, constituyen un acto discriminatorio no tienen una intención explícita que demuestre la discriminación. Cabe recalcar que “en ninguna parte de la historia de la elaboración de la Convención de 1951, se sugiere que el motivo o la intención del persecutor iba a ser considerado como factor determinante, ya sea en la definición o la determinación de la condición de refugiado”.<sup>180</sup> En este sentido, el análisis debe centrarse en la situación narrada por la persona y no en la intención del agente persecutor.

Si bien, no es necesaria la intención del agente persecutor para establecer el temor fundado de persecución, la misma ayuda a identificar el nexo causal entre la situación discriminatoria y el motivo establecido por el individuo. Sobre esto, el ACNUR ha establecido que:

La intención o el motivo del perseguidor puede ser un factor pertinente para establecer el "nexo causal" pero no es una condición indispensable. No hay necesidad de que el perseguidor tenga una intención punitiva para establecer el nexo causal. La atención se centra en las razones de la situación temida por el solicitante en el contexto general del caso y cómo él o ella experimentaría el daño, no en el modo de pensar del autor.<sup>181</sup>

A pesar de que no se observe una intención explícita, podría observarse dentro del procedimiento de inclusión la existencia de una intención discriminatoria que beneficie al establecimiento del nexo causal. Es por esto, que los funcionarios de la Dirección de Refugio deberían observar la intención de discriminar como un apoyo para establecer el nexo causal y no, como un requisito a ser demostrado para que se observe la existencia de un temor fundado de persecución.

### **3.3.2 Ocultamiento o discreción de la orientación sexual y/o la identidad de género y sus conductas**

Otra de las dificultades que se presentan es que los funcionarios argumentan que las personas pueden ocultar su orientación sexual e/o identidad de género con el fin de evitar la

---

<sup>180</sup> Tribunal de Revisión de Refugiado de Australia. *RRT Case No. 061020474*. 7 de febrero de 2007, p. 18.

<sup>181</sup> Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010, p.5.

razonable probabilidad de ser perseguidos.<sup>182</sup> Por ejemplo, se ha producido casos en los que las personas discriminadas por expresar conductas sociales que no están acorde a su género no pueden acceder a la figura del refugio porque se asume que al momento de no realizar dicha conducta no existiría un temor fundado de persecución.<sup>183</sup> Basados en lo observado en el capítulo anterior, la obligación de discreción constituye una intromisión a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad del individuo. Por esto, el funcionario de la Dirección de Refugio debe estar atento de no exigir a la persona dos tipos de actos de discreción: primero, no debería exigirse que la persona no manifieste o exprese ciertas conductas o apariencias relacionadas a su identidad o sexualidad y, segundo, no debería exigírsele que oculte en general su orientación sexual o/e identidad de género.

A nivel internacional se han tomado varias posiciones respecto de cómo debe incorporarse al análisis de la credibilidad la discreción. Por un lado, a pesar de que en el caso HJ y HT contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior de Reino Unido se menciona claramente que “el análisis adecuado de la solicitud de refugio de la persona LGTBI se produce si se observa a la Convención bajo la premisa de que los solicitantes tienen derecho a vivir en la sociedad como lo que son y no necesitan ocultarlo”<sup>184</sup>, se comete un error al establecer una diferencia entre el individuo que vive discretamente debido a presiones sociales que no constituyen persecución y, el individuo que debido a razones materiales tiene que comportarse discretamente para ser gay.<sup>185</sup> Es decir, se analiza el porqué de la discriminación y se da más valor a las razones materiales que a las presiones sociales. Varios tribunales han explicado como la orientación sexual y/o la identidad de género son aspectos y características fundamentales o innatas de la identidad de la persona que, por ninguna razón, debe ser obligada a renunciar a estos aspectos para poder tener

---

<sup>182</sup> Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010, p.5.

<sup>183</sup> James Hathaway & Jason Pobjoy. *Queer cases make bad law*. New York University Journal of International Law and Politics. Vol. 44. Enero de 2012, p.55

<sup>184</sup> Supreme Court of the United Kingdom. *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*. 19 de abril de 2010, párr. 29.

<sup>185</sup> *Id.*, p.20.

protección.<sup>186</sup> Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso X, Y & Z estableció que:

Al evaluar una solicitud de la condición de refugiado, las autoridades competentes no pueden esperar razonablemente que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o que ejerza cautela en la expresión de su orientación sexual.<sup>187</sup>

Sobre esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso A.E vs Finland menciona que si a un miembro de una religión minoritaria no se le puede exigir no practicar la religión para evitar la persecución, tampoco se puede exigir al solicitante ser discreto de su género u orientación.<sup>188</sup> Así, la Mesa de expertos de ACNUR estableció que “el criterio “discrecional” no es una razón válida para negar la protección de los refugiados en otros tipos de solicitudes de asilo, principalmente en los casos de orientación sexual o identidad de género”.<sup>189</sup> Es importante señalar que si se obliga a la persona a ocultar estos aspectos fundamentales, se estaría perdiendo el nexo causal con los motivos de persecución, en cuanto la orientación sexual y/o la identidad de género son la razón del por qué las personas buscan protección internacional.

### **3.4.3 Necesidad de identificación de pertenencia a una identidad o sexualidad no normativa**

Otro inconveniente se presenta pues en este tipo de solicitudes los funcionarios requieren que el individuo se identifique dentro de un parámetro de sexualidad o de

---

<sup>186</sup> Sobre esto, *vid.* Por ejemplo, Corte Suprema de Canadá. *Canadá contra Ward*. 30 de junio de 1993. Así también, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Geovanni Hernández-Montiel contra Servicio de Inmigración y Naturalización*. A72-994-275. 24 de agosto de 2000. También se puede ver United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Morales contra Gonzales*. No. 05-70672. 3 de enero de 2007. Finalmente, el Tribunal Superior. *Recurrentes S395/2002 y S396/2002 contra Ministro para Asuntos de Inmigración y multiculturales*.

<sup>187</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *X, Y, Z vs Minister voor Immigratie en Asiel*. C-199/12 - C-201/12. 7 de noviembre de 2013, párr. 76.

<sup>188</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso A.E. vs. Finlandia*. Application No. 30953/11. Sept, 2015. Official summary.

<sup>189</sup> Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010, p.3.

identidad.<sup>190</sup> Existen dos supuestos en los que se observa la credibilidad del individuo respecto de su orientación sexual e identidad de género. El primero requiere que el individuo identifique y demuestre que tiene una orientación sexual e/o identidad de género; mientras que, el segundo requiere que el solicitante realice conductas o actividades que generen la percepción de que la persona tiene una orientación sexual o identidad de género específica.

En el caso del primer supuesto en el que la persona se identifica con una identidad de género específica, lo que se busca es demostrar que la persona en realidad tiene la identidad de género u orientación sexual alegada. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* estableció que “las declaraciones relativas a la orientación sexual son el punto de partida del proceso de examen de la solicitud, y pueden requerir confirmación”.<sup>191</sup> Existirán solicitantes que busquen proporcionar prueba de su orientación sexual o identidad de género, por ejemplo a través de testigos suyos, fotos o pruebas documentales entre otros lo que facilitará la credibilidad en estas situaciones.<sup>192</sup> En este sentido, en el mismo caso, Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que:

la posibilidad de que las autoridades nacionales acepten, la sumisión a eventuales «exámenes» para demostrar su homosexualidad o incluso la presentación de pruebas como grabaciones en vídeo de sus actos íntimos [...] no tiene necesariamente un valor probatorio, [...] [además] puede menoscabar la dignidad humana.<sup>193</sup>

Es decir, el exigir estas pruebas podría resultar violatorio a la dignidad del individuo y por tanto carecer de valor probatorio.

---

<sup>190</sup> National Inmigrant Justice Center. *Información sobre la solicitud de asilo en los Estados Unidos para inmigrantes detenidos que son lesbianas, hombres homosexuales (gay), bisexuales, transexuales o VIH positivos*. New York: Heartland alliance, p.8.

<sup>191</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Acumulados C-148/13 a C-150/13. Luxemburgo: 2 de diciembre de 2014, p. 32.

<sup>192</sup> ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. Reedición. Ginebra: diciembre de 201, párr. 196.

<sup>193</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Acumulados C-148/13 a C-150/13. Luxemburgo: 2 de diciembre de 2014, p. 32.

Al mismo tiempo, podría existir un inconveniente respecto del valor probatorio que otorgue el funcionario de la Dirección de Refugio a cada prueba otorgada por el solicitante. En este sentido, es cuestionable que el funcionario de la Dirección de Refugio se encuentre capacitado para identificar correctamente que una persona tiene cierta identidad o sexualidad, si es que el mismo en su vivencia personal o en su conocimiento solo tiene estereotipos patriarcales.<sup>194</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que:

La evaluación de las solicitudes de asilo basada únicamente en conceptos estereotipados no permite a las autoridades tener en cuenta la situación particular y las circunstancias personales del solicitante. Por lo tanto, la incapacidad de un solicitante de asilo para responder a tales preguntas no constituye [...] un motivo suficiente para llegar a la conclusión de que el solicitante carece de credibilidad. [...] Por lo demás, autorizar o aceptar estas pruebas tendría un efecto incentivador respecto de otros solicitantes<sup>195</sup>

De ahí que, el hecho de que el solicitante no pueda probar estas conductas estereotipadas respecto de su orientación sexual o identidad de género no es un motivo suficiente para establecer la falta de credibilidad, en cuanto aceptar estas pruebas elevará el nivel probatorio para otros solicitantes.

Así también, podría suceder que la persona no tenga evidencia documental o testimonial de soporte o que no quiera presentar esta información.<sup>196</sup> Por ejemplo, se pueden presentar casos en los que un solicitante como mecanismo de protección ha escondido su sexualidad o su identidad. En respuesta a esto, el ACNUR ha establecido que “si un solicitante no ha tenido ninguna relación significativa en el país de origen o en el país de asilo no significa que no es LGBT. Es posible, más bien, que constituya una indicación de que trató de evitar daños”.<sup>197</sup> En este sentido, en el caso *Petitioner, v. Alberto*

---

<sup>194</sup> Carolina Kobelinsky. Ver o no ver al refugiado: *La evaluación de las solicitudes de asilo (por motivos sexuales) en Francia*. Oxford: European Studies Centre St Antony’s College, 2015, p.6.

<sup>195</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Acumulados C-148/13 a C-150/13. Luxemburgo: 2 de diciembre de 2014, párr. 32.

<sup>196</sup> ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. Reedición. Ginebra: diciembre de 2011, párr. 196.

<sup>197</sup> ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. Reedición. Ginebra: diciembre de 2011, p. 196.

Gonzales la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos ha señalado que “la persona encargada de tomar las decisiones tendrá que confiar únicamente en el testimonio de esa persona”.<sup>198</sup> De ahí que “si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos de que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda”.<sup>199</sup> Sobre esto, el Tribunal de Justicia Europeo ha señalado que:

No cabe concluir que dicha persona carece de credibilidad por el mero hecho de que, debido a su reticencia a revelar aspectos íntimos de su vida, no haya declarado su homosexualidad desde un primer momento.<sup>200</sup>

Es decir, debe darse el beneficio a las declaraciones del solicitante a pesar de que no se haya expresado esta identidad u orientación en un primer momento. En esta línea, cabe destacar que la Corte IDH en el caso Flor Freire vs Ecuador ha establecido que “la manera como el señor Flor se identifica es lo único relevante al momento de definir su orientación sexual”.<sup>201</sup> Es decir, lo manifestado por el solicitante debe ser la prueba más relevante para definir la orientación sexual e identidad de género.

Respecto del segundo caso en el que la persona no se identifica con alguna identidad de género y/u orientación sexual pero realiza conductas o actividades que generen la percepción de que la persona tiene una orientación sexual o identidad de género específica, la carga de la prueba busca establecer la credibilidad de los efectos de las conductas narradas. En este punto, la persecución puede derivar de conductas que son percibidas como homosexuales o no acordes a la identidad de género.

Por ejemplo, la Corte IDH en el caso Flor Freire vs Ecuador examina que el señor Freire sufrió de un tratamiento discriminatorio cuando, a pesar de identificarse como heterosexual, se lo asocia con una orientación sexual distinta “en virtud del presunto

---

<sup>198</sup> ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008, párr. 36.

<sup>199</sup> Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos. *Case Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*. N° 02-72651, 399 F. 3d 1163, 7 de marzo de 2005, párr. 7.

<sup>200</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Acumulados C-148/13 a C-150/13. Luxemburgo: 2 de diciembre de 2014, párr.45.

<sup>201</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. 31 de agosto de 2016, p. 4.

carácter homosexual de los actos por los cuales fue disciplinado”.<sup>202</sup> En este sentido, por regla general no debería establecerse que para que una persona pertenezca a un grupo determinado por la orientación sexual o la identidad de género realice ciertas actividades.<sup>203</sup> Los solicitantes no se encuentran obligados a demostrar que sus actividades se relacionan a la de la identidad o sexualidad impuesta o seleccionada, pues bastaría con observar que la persecución derivada de la percepción que se daba a estas actividades. Además, es importante destacar que “el solicitante no necesita demostrar que las autoridades sabían de su orientación sexual e/o identidad de género antes de que abandonara su país de origen.”<sup>204</sup> En cuanto solo se requiere que se demuestre que en su país existe la razonable posibilidad de que la persecución se produzca por la percepción que otras personas tengan del solicitante.

### **3.4 Nexo causal con uno de los motivos mencionados en la Convención**

Una vez analizados los casos en los que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual puede constituir un temor fundado de persecución, es necesario establecer el nexo causal de dicho temor con uno de los motivos de la Convención. Aunque ya se mencionó en el primer capítulo que la discriminación por estas razones generará un nexo causal con los motivos de grupo social determinado u opinión política, muchas solicitudes son negadas debido a que existe un error en establecer dicho nexo. Para resolver esta problemática “[l]as personas encargadas de la toma de decisiones deben estar atentas a las diferencias en las experiencias basadas en sexo/género”.<sup>205</sup> Es decir, para establecer el nexo es fundamental que se comprenda que la identidad de género y/o la orientación sexual se presentan de diversas maneras que deben ser consideradas de manera individualizada.

---

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008, párr. 36.

<sup>204</sup> ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. Reedición. Ginebra: diciembre de 2011, párr. 83.

<sup>205</sup> ACNUR. *La protección internacional de las Persona LGTBI*. México: 2012, p.34.

## Conclusiones

A nivel internacional, no se han desarrollado criterios específicos sobre el procedimiento a seguir para establecer si la discriminación por identidad de género y/u orientación constituye una causal para el reconocimiento de la calidad de refugiado. Por ello, la investigación expone que, bajo ciertas particularidades, la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual genera un temor fundado de persecución por el que la persona adquiere el estatus de refugiado. A través del presente trabajo se identificó tres circunstancias fundamentales para que los funcionarios encargados de analizar las solicitudes de refugio puedan reconocer la existencia de esta causal.

La primera circunstancia se produce con la interpretación de la base normativa nacional e internacional sobre la definición de refugiado. A pesar de que la Convención de 1951, la Declaración de Cartagena y el Decreto 1182 contienen los requisitos legales aplicados a nivel nacional, la incomprensión de dichos requisitos ha permitido que el funcionario de la Dirección de Refugio interprete el alcance del temor fundado, la persecución y el nexo causal a su arbitrio.

El análisis del temor fundado requiere que se identifique el elemento objetivo y subjetivo de la solicitud. Así también, de la jurisprudencia y estándares internacionales analizados se desprende que la identidad de género y/u orientación sexual es una característica innata de la personalidad del solicitante por la cual la persona ingresa dentro del motivo de grupo social determinado. En este sentido, también podría suceder que las expresiones de identidad de género y orientación sexual constituyan una opinión política que genere el temor fundado de persecución.

Del análisis de la jurisprudencia nacional se observa que a pesar de que las autoridades judiciales han realizado un esfuerzo por extender el ámbito de protección de las personas solicitantes de refugio, las formalidades y restricciones legales todavía restringen el acceso a esta forma de protección. La situación se agrava debido a que el Decreto Ejecutivo 1182 introduce otros requerimientos para que se reconozca el estatus de refugiado. Por ejemplo, se exige que la solicitud no sea manifiestamente infundada o abusiva y que la petición sea entregada dentro de cierto plazo de tiempo.

Además, a pesar del gran flujo de refugiados que Ecuador ha recibido históricamente, la legislación ecuatoriana no ha realizado ningún avance normativo respecto de este tema. En el contexto actual, continuar con una definición que se encuentra desactualizada no resulta eficaz a la hora de brindar protección respecto de nuevas situaciones de persecución.

La segunda circunstancia expone el contexto de discriminación y violencia producida por la pertenencia a sexualidades e identidades no normativas. La orientación sexual y la identidad de género constituyen construcciones sociales que, mediante la discriminación y la violencia, sancionan a los individuos que no se adaptan a los parámetros duales de femenino/masculino y al concepto de heterosexual. No obstante, como requisito previo para que la solicitud de refugio basada en discriminación sea reconocida como una causal para el estatus de refugiado, se requiere que los hechos narrados por el solicitante constituyan actos discriminatorios y no distinciones legítimas. Por ello, se utiliza el test de discriminación como el mecanismo jurisprudencial que permite diferenciar entre la existencia de una distinción legítima o la existencia de discriminación.

En este sentido, a través de la jurisprudencia se observó que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual constituye una categoría sospechosa que tiene como efecto la presunción de discriminación. En base a esto, en el caso de duda, debe presumirse que el acto era discriminatorio. Además, la discriminación debe utilizar al escrutinio estricto como mecanismo para analizar la existencia de discriminación. Ambos conceptos aportan a la investigación de manera fundamental, ya que, debido a falta de normativa específica sobre este procedimiento, el funcionario puede utilizar la presunción de discriminación y la necesidad de un fin imperioso como mecanismo de soporte para identificar la razonable posibilidad de persecución. Por esta razón, la primera recomendación es que los funcionarios de la Dirección de Refugio conozcan a cabalidad los estándares jurisprudenciales respecto de la comparación entre discriminación y distinción legítima.

La violencia contra personas LGTBI es, quizás, la forma más notoria de persecución. La investigación examina ciertas particularidades que demuestran como la discriminación se convierte en un tipo de violencia que requiere de protección

internacional. El exigir que la discriminación se convierta en violencia para reconocer la condición de refugiado vulnera los derechos de las personas LGTBI. Para realizar este análisis, los funcionarios de la Dirección de Refugio deben comprender a cabalidad la relación existente entre la violencia y la discriminación, hecho que les permitirá observar con mayor facilidad el elemento objetivo del temor fundado y la existencia de persecución.

A partir de lo observado en las dos secciones anteriores, el tercer momento propone una guía práctica del procedimiento a seguir para analizar el temor fundado de persecución de las solicitudes basadas en la discriminación por orientación sexual o/e identidad de género.

El primer paso que se propone en esta guía es examinar el temor fundado. Ahora bien, para el análisis del temor fundado resulta primordial que el funcionario, además de conocer los requisitos normativos de la definición de refugiado, entienda la problemática de la violencia y discriminación contra los individuos que no se adaptan a la cisonormatividad y heteronormatividad. Muchas veces las convicciones personales del funcionario de la Dirección de Refugio pueden influir en el entendimiento que tenga del elemento subjetivo y objetivo del temor fundado. Para una persona heterosexual resulta muy difícil referirse a experiencias de personas LGTBI cuando no ha experimentado problemas parecidos. Por esta razón, se recomienda que el elemento objetivo observe a la falta de protección estatal, invisibilidad de la discriminación y violencia, y la discriminación estructural como particularidades que ayudan a entender el contexto de persecución en el país de origen. En cambio, en el análisis del elemento subjetivo se recomienda establecer una relación de confianza en donde se dé a los solicitantes las circunstancias adecuadas para relatar su experiencia al entrevistador.

El segundo paso consiste en analizar la manera en que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual ingresa dentro del umbral de persecución. Si bien a nivel internacional se ha establecido que la mera discriminación no constituye persecución, esta premisa solo resulta válida si se observa a la persecución como la amenaza a la vida o libertad del solicitante. En cambio, al observar a la persecución como la falla o falta de protección estatal, la mera discriminación claramente podría constituir una forma de persecución. Esta premisa de que toda mera discriminación puede ser persecución

debe ser tomada con pinzas en cuanto su aplicación podría desnaturalizar a la figura del refugio como el mecanismo de protección frente al temor fundado de persecución.

Por esta razón, se proponen ciertos parámetros que pueden ser útiles para establecer si la discriminación ingresa en el umbral de persecución. Cabe destacar que no es obligatorio que la discriminación ingrese en uno de estos parámetros pues los mismos solo son referenciales, en general el análisis de la persecución dependerá más del caso en específico. El primer parámetro explica que existe persecución cuando la discriminación genera en el individuo consecuencias de carácter esencialmente lesivo. En cambio, el segundo parámetro observa la persecución cuando existe un patrón acumulado de discriminación. El tercer y cuarto parámetro observan por un lado, la falla o falta de capacidad estatal para brindar protección y por el otro, la posible existencia de un daño. Este aporte resulta fundamental para la investigación pues brinda al funcionario de la Dirección de Refugio una guía a través de la cuál puede establecer la existencia de persecución sin realizar un análisis arbitrario.

El tercer paso exige que la discriminación cumpla con un cierto nivel de credibilidad, es decir que exista la posibilidad razonable de persecución a través de estos actos discriminatorios. El análisis de credibilidad variará dependiendo de cada caso, para que las afirmaciones sean creíbles no debe exigirse que exista una intención de discriminar, tampoco que la persona oculte ciertas conductas relativas a su identidad de género y/u orientación sexual o que la persona se identifique con una identidad o sexualidad para alegar su temor. Es importante recordar que a pesar de que la carga de la prueba es compartida, existirán situaciones en donde el solicitante, debido a la invisibilidad de la violencia contra personas LGTBI en su país de origen, no pueda aportar con información de lo que está alegando. En estos casos siempre debe primar la información dada por el solicitante.

Si bien, teóricamente, la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual puede constituir una causal para el reconocimiento de la condición de refugiado, en la práctica es mucho más difícil que esto ocurra. La gran cantidad de solicitudes que esperan una resolución, los posibles condicionamientos morales de los funcionarios de la Dirección de refugio y la invisibilidad que se da a los actos de discriminación contra el

colectivo LGTBI son algunos de los inconvenientes que dificultan que se pueda reconocer correctamente este estatus. Además, la situación se agrava cuando las personas solicitantes prefieren esconder del entrevistador su identidad de género y/u orientación sexual con el fin de asegurar que no sufrirán la misma discriminación o violencia.

Basta con mirar el tratamiento que públicamente se ha dado al caso N.º1567-13-EP, en el que se discute la solicitud de refugio de Alberto García, para comprender que los mecanismos normativos existentes no resultan suficientes para combatir los efectos que se generan de una sociedad heteronormativa y cisnormativa. Además, el hecho de que estos temas no son discutidos por los funcionarios administrativos o judiciales empeora la situación, pues demuestra la poca relevancia que se le ha dado a las solicitudes de personas cuya identidad de género u orientación sexual no se acopla a las regulaciones sociales. De ahí que, cada política, estrategia o capacitación debe tratar de sensibilizar a la sociedad que interviene directa o indirectamente con este tipo de solicitudes. Esto ayudará a que se reconozca y garantice con mayor efectividad el derecho a la protección internacional que gozan las personas que son perseguidas a través de actos discriminatorios por la imposición de un género y una sexualidad.

De manera particular, es recomendable promover la capacitación y formación de los funcionarios de la Dirección de refugio respecto a esta temática, para evitar errores en el análisis del reconocimiento. Por esto, se recomienda acogerse a los estándares internacionales que velen más efectivamente por la protección de la dignidad del colectivo LGTBI. En este sentido, puede resultar útil acogerse a las directrices desarrolladas por de ACNUR respecto de las solicitudes basadas en la identidad de género y/u orientación sexual. Además, podría ser beneficioso acogerse a las buenas prácticas establecidas por los tribunales de Canadá y de Nueva Zelanda. Cabe destacar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá puede resultar muy útil para entender como la discriminación y violencia se consideran un motivo de persecución basado en la pertenencia a un grupo social determinado.

En este sentido, la conclusión es doble: jurídicamente es posible que la discriminación por identidad de género y/u orientación sexual constituya una causal para la solicitud de refugio; pero, socialmente parece ser mucho más difícil que se logre llegar a

esta situación. Por ello, resulta fundamental que la parte social se equipare a la parte jurídica, pues de ambas depende que el contexto de discriminación de la población LGTBI sea alterado a beneficio de las personas refugiadas por su identidad de género y/u orientación sexual. Así, la nueva Ley de Movilidad Humana presenta una oportunidad para cuestionar socialmente este problema e introducirlo al debate ecuatoriano. Entonces, la verdadera solución se encuentra en cada individuo que cuestione a nivel personal y a nivel social estas regulaciones jurídicas y sociales.

## Bibliografía

- Andreu-Guzmán Federico. *Impunidad y Graves violaciones a los derechos humanos*. Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, 2014, p. 28.
- Arribas Martín. *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Ed.Dykinson-Universidad de Burgos, 2000.
- Bauer Greta & Hammond Rebecca. *I don't think this is theoretical; this is our lives: How erasure impacts health care for transgender people*. Journal of the Association of Nurses in AIDS Care. 1999.
- Bernstein Sharon. *Supreme Court won't intervene in California ban on gay-conversion therapy*. 1 de julio de 2014.
- Badeni Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: 3ª ed.
- Capotorti Francesco. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. New York.
- Clérico Laura & Aldao Martín. *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*. Madrid: 2006.
- Clayton Gina. *Textbook on Immigration and Asylum Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014.
- Carmen Miguel. *Una Mirada Feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional De Las Personas Refugiadas*. Valencia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. Capítulo II. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 de octubre de 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Doc. 36. Washington: 12 noviembre de 2015.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68. Washington: 20 de enero de 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014*. Comunicado de Prensa No. 153A/14. diciembre de 2014.
- Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Guía para Profesionales No. 4, 2009.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el 150 periodo de sesiones de la CIDH*. Comunicado de Prensa No. 35A/14. 13 de mayo de 2014.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *CEAR denuncia la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género con motivo del Día del Orgullo LGBT*. Madrid: 2 de julio de 2014. <http://www.cear.es/tag/lgbt/> (último acceso: 16/09/2016).
- Comisión de Derechos Humanos. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Ginebra: 2 de julio de 1993.
- Consejo de Derechos Humanos. *Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes*. Ficha de datos. Ginebra: 2015.
- Fischel José. *On the Development of the Concept of 'Persecution' in International Refugee Law. Anuario Brasilerio de Dereito Internacional*. Volúmen 2. Sao Paulo.
- Gullco Hernán. *El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Gosine Tandil. *Speaking Sexuality*. Boston: 2009.
- Hathaway James. *Is There A Subjective Element In The Refugee Convention's Requirement Of "Well-Founded Fear"*. Michigan: 2014.
- Hathaway James & Foster Michelle. *The Law of Refugee Status*. Second edition. London: Cambridge University Press, 2013.
- Hathaway James & Pobjoy Jason. *Queer cases make bad law*. New York University Journal of International Law and Politics. Vol. 44. Enero de 2012.
- Hill Collins Patricia. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. California: 2000.
- Íñiguez Manso Andrea Rosario. *La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso: 2014.
- Jordan Sharalyn. *Refugiados no-convención(ales): Contextualización de los relatos de los refugiados que sufren persecución homofóbica o transfóbica*. 2010 <http://pi.library.yorku.ca>. (último acceso: 27/09/2016).
- Jordan Sharalyn y Morrissey Chris. *“¿Por qué motivos?” Solicitudes de asilo de LGBT en Canadá*. Revista de migraciones forzadas. Orientación sexual e identidad de género y la protección de los migrantes forzados. Mayo del 2013.
- Kobelinsky Carolina. *Ver o no ver al refugiado: La evaluación de las solicitudes de asilo (por motivos sexuales) en Francia*. Oxford: European Studies Centre St Antony's College, 2015.
- Moreau Marie-Ange. *Las Justificaciones de las Discriminaciones*. Marseille: 2006.

- Merino Víctor. *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas*. Navarra: 2012.
- Medina Felipe. *La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis de la jurisprudencia interamericana*. <http://www.corteidh.or.cr>. (último acceso: 21/10/2016).
- Michigan Law School. *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*. Michigan: 28 March 2004. <http://www.refugee.org.nz/fear.html> (acceso: 20/06/2016).
- Nussbaum Martha C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton University Press. 2004.
- National Inmigrant Justice Center. *Información sobre la solicitud de asilo en los Estados Unidos para inmigrantes detenidos que son lesbianas, hombres homosexuales (gay), bisexuales, transexuales o VIH positivos*. New York: Heartland alianace.
- Palacios Patricia. *La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006.
- Padgett Tim. “*The Most Homophobic Place on Earth?*”. Time Magazine. 12 de abril de 2006, <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1182991,00.html> (acceso: 8/08/2016).
- Treacy Guillermo. *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*. Lecciones y Ensayos nro. 89, 2011.
- Refugee Law Reader. *Compilación de Derecho de las Personas Refugiadas*. Tercera edición. Londres: 2015.)
- Vázquez Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad autónoma de México. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016.
- Warner Michael. *Fear of a queer planet*. Durham: 1991.
- Zimmerman Andreas. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Oxford: 2011.

### **Plexo Normativo**

- ACNUR. *Guía para refugiados y solicitantes de la condición de refugiado*. Ginebra: 2012.
- ACNUR. *Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/03/05. 4 de septiembre de 2003.

- ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 2011.
- ACNUR. *Plan de Acción de Brasil: América Latina y el Caribe adoptan una hoja de ruta común para responder a las nuevas tendencias del desplazamiento y poner fin a la apátrida*. Bogotá: 2014.
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Resolución 3314*, 14 de diciembre de 1971, párr. 3.
- ACNUR. *Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984: Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*. Montevideo: 2011.
- ACNUR Comité Ejecutivo. *Conclusión n. ° 30: Conclusiones Generales*. Ginebra: 1983.
- ACNUR Comité Ejecutivo. *Conclusión n. ° 39: N° (XXXVI) Las mujeres refugiadas y la protección internacional*. Ginebra: 1983.
- ACNUR. *Directrices sobre protección internacional nro. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual o/y la identidad de género en el contexto del artículo 1.A.(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o/y su Protocolo de 1967*. Ginebra: 23 de octubre de 2012.
- ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 1992.
- ACNUR. *Pertenencia a un determinado grupo social. dentro del contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. HCR/GIP/02/02. Ginebra: 7 de mayo de 2002.
- ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional: 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*. HCR/GIP/02/01. Ginebra: 7 de mayo de 2002.
- ACNUR. *La protección internacional de las Persona LGTBI*. México 2012.
- ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal- División de Servicios de Protección Internacional, 21 de noviembre de 2008.
- ACNUR. *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas*. Ginebra: 2003.
- ACNUR. *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*. Geneve: 9 de diciembre de 1998.

- ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. Reedición. Ginebra: diciembre de 2011.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Mesa redonda de expertos. *Conclusiones finales: Solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 30 de septiembre - 1 de octubre 2010
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) Artículo 1.A.2.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Consiglio Italiano per i Rifugiati & France terre d'asile. Exchange for change. Guía para solicitantes de protección internacional por motivos de género. Madrid: 2015.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*. Ginebra: 14 de noviembre de 2014.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones finales sobre los informes periódicos*. 68º período de sesiones. Ginebra: 30 de enero de 2015.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Ginebra: 17 de noviembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Costa Rica: 19 de enero de 1984.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Costa Rica: 28 de agosto de 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití. Informe anual. 2009.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: 2 de julio de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. 2007.
- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General*. 29º período de sesiones. Ginebra: 4 de mayo de 2015.
- Comisión de Derechos Humanos. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Ginebra: 2 de julio de 1993.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2009.
- Declaración de Cartagena de Indias (1984). Conclusión 3.
- Organización Mundial de la Salud. *Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority*. Ginebra:1996.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto*. GB.319/LILS/INF/1. octubre de 2013.
- Principios de Yogyakarta. *Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. (2005).
- Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. *Algunas precisiones y términos relevantes*. Extraído de: <http://www.oas.org> (acceso: 12/07/2016).
- Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the right to life and the use of force by private security providers in law enforcement contexts*. Ginebra: 29 de enero de 2007.

### **Jurisprudencia Ecuatoriana**

Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. Caso N.º 0056-12-IN y 0003-12-IA ACUMULADOS. 14 de agosto de 2014.

### **Jurisprudencia Extranjera y Jurisprudencia del Sistema de protección de Derechos Humanos**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Series C No. 272. Sentencia del 25 de diciembre de 2013, párr. 131
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marcelin Hanríquez vs. Argentina*. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carlos García Saccone contra Argentina*. Informe Nro.8/98. Caso 11.671. Washington: 2 de marzo de 1998.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Audiencia sobre discriminación en base a género, raza y orientación sexual en América. 133º período ordinario de sesiones*. 23 de octubre de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Inés Fernández Ortega vs. México*. 30 de agosto del 2010.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Serie C No. 5. Sentencia del 20 de enero de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134
- Comité de Derechos Humanos. *Caso Antonius Cornelis Van Hulst c. Países Bajos*. Comunicación N° 903/1999. 1 de noviembre de 2004.
- Comité de Derechos Humanos. *Caso Rafael Armando Rojas García c. Colombia*, Comunicación 687/1996. 3 de abril de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Juez Cançado Trindade. *Voto razonado en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. “La última tentación de Cristo. Serie C No. 73. Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 72.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.
- Caso Giosue Canepa c. Canadá*. Comunicación N°558/1993.3 de abril de 1997.
- Corte Suprema de Canadá. *Canadá contra Ward*. Toronto: 30 de junio de 1993.
- Canada Federal Court. *M.C.I. v. Hund*. IMM-5512-07. Lagacé: 5 de febrero de 2009.
- Canada Federal Court. *Molnar contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)*. 2005-FC-98. 21 de enero de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. *Acción de tutela instaurada por Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos*. S.A. T-5.350.821. Bogotá: 2 de junio de 2016.
- Tribunal Superior de Australia. *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. 9 de diciembre de 2003.
- Nueva Zelanda. *Refugee Appeal N° 74.665*. 7 de julio de 2004.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Thliemmenos v. Greece*. N° 34369/97. 6 de abril de 2000. (añadir la S al final de humano en el pie de nota 75)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Pretty c. Reino Unido*. 29 de abril de 2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso D. Van Oosterwijk c. Bélgica*. Aplicación No 7654/76. 1979.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *X, Y, Z vs Minister voor Immigratie en Asiel*. C-199/12 - C-201/12. 7 de noviembre de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso A.E. vs. Finlandia*. Application No. 30953/11. Sept, 2015.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *A, B, C vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Acumulados C-148/13 a C-150/13. Luxemburgo: 2 de diciembre de 2014.
- Tribunal Federal de Australia. *R v. Immigration Appeal Tribunal and another*. 25 de marzo de 1999.
- Tribunal de Revisión de Refugiado de Australia. *RRT Case No. 061020474*. 7 de febrero de 2007.
- Tribunal Superior US. *Recurrentes S395/2002 y S396/2002 contra Ministro para Asuntos de Inmigración y multiculturales*.
- Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos. *Case Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*. N ° 02-72651, 399 F. 3d 1163, 7 de marzo de 2005, párr. 7
- Suprema Corte de Justicia de México. *Amparo de revisión 152/2013*. México D.F: 2013.
- Suprema Corte de Justicia de México. *Acción de inconstitucionalidad 8/2014*. 11 de agosto de 2015.
- Swiss Federal Administrative Tribunal. *Decision of the Swiss Asylum Appeal Commission*. E-3516/2006. Zurich: 15 de junio de 2007.
- Supreme Court of the United Kingdom. *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*. 19 de abril de 2010.
- U.S. Supreme Court. *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*. No. 85-782. Marzo 1987.
- US Court of Appeals. *Nagoulko vs INS. Ninth Circuit*. 24 de junio de 2003.
- US Court of Appeals. *Tesfu vs Attorney-General*. Seventh Circuit. 14 de marzo de 2003.
- US Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Geovanni Hernández-Montiel contra Servicio de Inmigración y Naturalización*. A72-994-275. 24 de agosto de 2000.
- US Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Morales contra Gonzales*. No. 05-70672. 3 de enero de 2007.