

Distinción, discreción, discriminación: las nuevas y, es de esperar, últimas fronteras para las solicitudes de asilo relacionadas con el género

Traducción de Fabian Chueca

La cuestión de si las mujeres perseguidas pueden ser consideradas refugiadas parece indiscutible y aparece bien establecida ya como materia propia del derecho internacional de los refugiados.¹ No obstante, un análisis pormenorizado de la jurisprudencia sugiere que existen múltiples impedimentos para el reconocimiento de las peticiones de asilo de las mujeres.² En este artículo se presentan tres tendencias de la jurisprudencia de varios países en cuanto al reconocimiento de las solicitudes de asilo relacionadas con el género: distinción, discreción y discriminación. Llamo a estas tendencias las "nuevas fronteras" de las solicitudes relacionadas con el género. Sería deseable que fuesen las "últimas", aunque creo que es prematuro ya que la inclinación y la imaginación de los abogados de los gobiernos, de los responsables de tomar decisiones y de la judicatura para imponer nuevas pruebas que limiten los índices de reconocimiento de refugiados parecen inagotables. Cada una de estas nuevas tendencias se examina individualmente. Previamente haré un breve resumen de la legislación internacional vigente al respecto

Alice Edwards fue responsable de las Políticas de Protección y la Asistencia jurídica de ACNUR entre 2010 y 2015

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (la Convención de 1951) brinda protección a toda persona que tenga «fundados temores de

¹ Para una relación histórica de la aceptación de las mujeres perseguidas como refugiadas en virtud del derecho internacional de los refugiados, véase A. Edwards, «Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy 1950-2010», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, nº 2, 2010, p. 21. Véase el resto del número para diversas reflexiones sobre los últimos 20 años de práctica y política sobre los derechos de las mujeres refugiadas.

² Un informe sobre solicitudes de asilo relacionadas con el género en Europa en 2012 sugiere, por ejemplo, que las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de que se les conceda protección subsidiaria que la condición de refugiado, y que hay una amplia variación en los índices de reconocimiento de las solicitudes de las mujeres dentro de los nueve países europeos estudiados. Véase Asylum Aid, «Gender-Related Claims in Europe», *Women's Asylum News*, nº 110, abril/mayo 2012, disponible en: <http://www.ref-world.org/pdfid/4fc5f8422.pdf> (consultado en diciembre de 2015).

ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas». ³ En ausencia de un motivo explícito de “género” o “sexo” en la definición de “refugiado”, el motivo más utilizado en las solicitudes de la condición de refugiado de mujeres ha sido el de pertenencia a determinado grupo social. La Convención de 1951 no incluye una definición de esta pertenencia, ni un listado específico de grupos sociales. La adición en el último momento de este motivo por la delegación sueca durante los debates de redacción tampoco ofrece orientación alguna sobre lo que los redactores querían decir con esta expresión. Lamentablemente, los trabajos preparatorios indican dudas entre los redactores en cuanto a la existencia de casos de persecución por motivos de sexo. ⁴ El delegado británico también afirmó que la cuestión de la igualdad era competencia de la legislación nacional. ⁵ No sorprende que no hubiera ni una sola mujer entre los plenipotenciarios que se reunieron en Ginebra para redactar la Convención. ⁶

En ausencia de un motivo explícito de “género” o “sexo” en la definición de “refugiado”, el motivo más utilizado en las solicitudes de la condición de refugiado de mujeres ha sido el de pertenencia a determinado grupo social

Debido a este punto de partida ambiguo, los tribunales nacionales han desarrollado sus propios enfoques para definir la pertenencia a un determinado grupo social. De la jurisprudencia se pueden extraer dos enfoques dominantes: el de las “características protegidas” y el de la “percepción social”. ⁷ El enfoque de las “características protegidas” ⁸ examina si un grupo está unido por una «característica innata o inmutable» como «el sexo, el color o vínculos de parentesco» o por una característica «tan fundamental para la dignidad humana

³ Artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, enmendado por el Protocolo de 1967. Hay 148 Estados partes en uno o en ambos instrumentos.

⁴ Doc. ONU: A/CONF.2/SR.5, p. 9 (presidente de la Conferencia, Alto Comisionado para los Refugiados).

⁵ *Ibidem*, p. 9 (intervención del delegado británico).

⁶ A. B. Johnsson, «The International Protection of Women Refugees: A Summary of Principal Problems and Issues», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n° 2, 1989, pp. 221, 222.

⁷ Sobre la aparición y el posterior desarrollo de los dos enfoques, véase, respectivamente, T. A. Aleinikoff, «Protected Characteristics and Social Perceptions: An Analysis of the Meaning of “Membership of a Particular Social Group”», en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 263; M. Foster, *The ‘Ground with the Least Clarity’: A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to ‘Membership of a Particular Social Group’*, abril de 2012, PPLA/2012/02, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f7d94722.html>.

⁸ Este enfoque se atribuye a la decisión en Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración de Estados Unidos, *Matter of Acosta*, Interim Decision No. 2986, 19 I. & N. Decisions 211, 1 de marzo de 1985, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b910.html>, aclarada después por el Tribunal Supremo de Canadá en *Canada (Attorney-General) v. Ward* [1993] 2 SCR 689, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>. Este enfoque es seguido también en Reino Unido: *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, Reino Unido, Cámara de los Lores (Comité Judicial), 25 de marzo de 1999, [*Shah and Islam*], disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>.

que no se debería obligar a una persona a abandonarla», como el «antiguo liderazgo militar o la propiedad de la tierra».⁹ El enfoque de la “percepción social”, por su parte, basado en una lectura literal del texto, examina si un determinado grupo social comparte una característica común que lo hace reconocible o distingue a sus miembros del resto de la sociedad en general.¹⁰ En virtud de una de estas dos pruebas, jurisdicciones de todo el mundo han reconocido a grupos sociales como las mujeres, los niños, la familia, la tribu, las personas con discapacidad, o por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Teniendo en cuenta estos dos enfoques variables, y reconociendo que ambos son interpretaciones jurídicas válidas, ACNUR, en sus directrices de 2002 sobre pertenencia a un determinado grupo social, adoptó una definición de esta pertenencia que considera las dos pruebas como alternativas, no como acumulativas:¹¹

[U]n 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.¹²

ACNUR afirma claramente en sus directrices sobre persecución por motivos de género:

⁹ Véase , *Matter of Acosta*, Interim Decision No. 2986, 19 I. & N. Decisions 211, 1 Mar. 1985, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b910.html>Acosta.

¹⁰ El enfoque de la percepción social se atribuye al Tribunal Superior de Australia a partir de una interpretación ordinaria del texto; véase *Applicant A and Another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Tribunal Superior de Australia, (1997) 190 CLR 225, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7180.html>. El género fue reconocido en virtud de este enfoque en el caso *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* [2002] HCA 14, 11 de abril de 2002, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deb326b8.html>. También se sigue en Francia: *CE, SSR*, 23 juin 1997, 171858, *Ourbih*, 171858, France: Conseil d'Etat, 23 de junio de 1997, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67c14.html>. El texto francés se resume como una prueba en dos partes: (a) La existencia de características comunes a todos los miembros del grupo y que definen el grupo a juicio de las autoridades en el país y de la sociedad en general; y (b) El hecho de que los miembros del grupo estén expuestos a persecución. Véase Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *UNHCR Statement on the Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol to Victims of Trafficking in France*, 12 de junio de 2012, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fd84b012.html>.

¹¹ Lamentablemente, no todas las jurisdicciones han aceptado la visión “alternativa” que pretende esta definición. En Estados Unidos, por ejemplo, algunos tribunales han interpretado erróneamente la definición de ACNUR como acumulativa en vez de como alternativa: véase Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Rocio Brenda Henriquez-Rivas, Petitioner v. Eric H. Holder, Jr, Attorney General, Respondent. The United Nations High Commissioner for Refugees' Amicus Curiae Brief in Support of Petitioner*, 23 de febrero de 2012, No. 09-71571 (A098-660-718), disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f4c97c52.html>. Asimismo, la directiva sobre requisitos de la Unión Europea parece considerarlos acumulativos, aunque la opinión de los diferentes Estados miembros varía al respecto: *Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)*, 20 de diciembre de 2011, L337/9, artículo 10, 1 (d), disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f197df02.html>.

¹² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices sobre la protección internacional n. 2: "Pertenencia a un determinado grupo social" en del contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 7 de mayo de 2002, HCR/GIP/02/02, párr. 11, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html>.

Por consiguiente, el sexo puede ser uno de los rasgos de la categoría “grupo social”, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y quienes por lo general reciben un trato diferenciado al de hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países.¹³

Y añade:

Las mujeres pueden constituir un determinado grupo social bajo ciertas circunstancias fundamentadas en una característica común: el sexo, ya sea que se asocien entre ellas basadas en esta característica compartida.¹⁴

ACNUR también ha indicado que la orientación sexual y la identidad de género son motivos válidos para obtener la condición de refugiado basada en la pertenencia a un determinado grupo social.¹⁵

Aunque ya se acepta que las mujeres son un grupo social definido por referencia a su sexo/género, en las páginas que siguen se examinan algunos de los desafíos que plantea la aplicación de esta visión a casos reales.

Distinción

La primera nueva frontera es lo que llamo “distinción”, término con el que me refiero a la introducción por la Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración estadounidense (BIA), en *Matter of C-A-*, de dos requisitos para establecer un “grupo social”: que sea (a) socialmente visible, y (b) que el grupo tenga un grado de singularidad más allá de los indicadores demográficos normales.¹⁶

¹³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices sobre protección internacional No. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 de mayo de 2002, HCR/GIP/02/01, párr. 30, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>.

¹⁴ ACNUR, *Directrices sobre pertenencia a un determinado grupo social*, párr. 15.

¹⁵ *Directrices sobre protección internacional n. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, 23 de octubre de 2012, HCR/GIP/12/01, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/50348afc2.html>; Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department - Case for the first intervener (the United Nations High Commissioner for Refugees)*, 19 de abril de 2010, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html>; Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Opinión consultiva del ACNUR para la Asociación de Abogados de Tokio*, en relación con la orientación sexual y la condición de refugiado, 3 de septiembre de 2004, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html>.

¹⁶ *Re C-A-*, 23 I&N Dec. 951 (BIA 2006), Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración de Estados Unidos, 15 de junio de 2006, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46979ea02.html>.

Sobre la cuestión de la visibilidad social, la BIA dijo que hay que considerar «hasta qué punto los miembros de una sociedad perciben a quienes poseen la característica en cuestión como miembros del grupo social». ¹⁷ Esta prueba ha sido seguida en varios distritos jurisdiccionales (“circuitos”) de Estados Unidos. En algunos casos, se han basado en las directrices de ACNUR sobre pertenencia a un determinado grupo social para extraer esa postura, pero ACNUR sostiene que sus directrices se han aplicado erróneamente.

La mejor explicación del impacto del requisito de “visibilidad social” en las solicitudes por motivos de género la ofrece el caso *Re A-T*. La BIA sostuvo en este caso: «[D]udamos que las mujeres bambara jóvenes que se oponen al matrimonio concertado tengan el tipo de visibilidad social que las haría fácilmente identificables para quienes estuvieran inclinados a perseguirlas». ¹⁸

Asimismo, en *Perdomo v. Holder*, un caso relativo a la gran incidencia de casos de “femicidio” en Guatemala, se preguntó al Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito si «las mujeres de entre catorce y cuarenta años de edad que son guatemaltecas y viven en Estados Unidos» (el determinado grupo social designado por la demandante) o «todas las mujeres en Guatemala» (el determinado grupo social propuesto por el Noveno Circuito) pueden constituir un determinado grupo social. La cuestión fue remitida a la BIA, que rechazó la definición revisada de «todas las mujeres en Guatemala» y determinó que este grupo era «un grupo social demográfico y no un grupo social reconocible» como exige la Convención de 1951. ¹⁹

La jurisprudencia de varios tribunales de apelación del circuito de Estados Unidos sigue debatiendo el significado de la prueba. La mejor advertencia hasta ahora contra la visibilidad social fue articulada por J. Posner, del Séptimo Circuito, en *Gatimi v. Holder*:

Las mujeres que no han sufrido todavía la mutilación genital femenina en tribus que la practican no tienen un aspecto diferente de las demás. Un homosexual en una sociedad homófoba pasará por heterosexual. Cuando alguien pertenece a un grupo que está expuesto al asesinato, la tortura u otro modo de persecución, se esforzará para evitar ser socialmente visible; y en la medida en que los miembros del grupo objetivo logren seguir siendo invisibles, no serán “vistos” por otras personas de la sociedad “como un segmento de la población”. ²⁰

¹⁷ *Ibidem*, pp. 956-957.

¹⁸ *In re A-T*, 24 I&N Dec. 296, 302 (BIA 2007), Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración de Estados Unidos, 26 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47cfe7c22.html>. Como ha señalado Foster, la decisión fue anulada más tarde por el fiscal general y remitida para su reconsideración, y en abril de 2011, el juez de inmigración concedió a la parte demandada la suspensión de la expulsión: véase «The IJ’s Decision on Remand of Matter of A-T», *Interpreter Releases*, vol. 88, n. 31, 2011, p. 1937, mencionado en M. Foster, *op. cit.*, 2012, p. 29.

¹⁹ *Perdomo v. Holder, Attorney General*, No. 06-71652, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, 12 de julio de 2010, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c3c1ef02.html>.

²⁰ *Gatimi v. Holder*, 578 F. 3d 611 (7th Circ. 2009) disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4aba40332.html>, ponente J. Posner, p. 7, citado en M. Foster, *op. cit.*, 2012, p. 30.

ACNUR ha expuesto argumentos semejantes en sus múltiples intervenciones *amicus curiae* sobre esta cuestión.²¹ En particular, ACNUR se ha esforzado en subrayar que el enfoque de la percepción social es diferente de la visibilidad social y que el enfoque de la percepción social no exige que el grupo sea visible a simple vista en un sentido literal ni que el atributo común sea fácilmente reconocible para el público en general. Además, “percepción social” no significa sugerir un sentido de comunidad o de identificación grupal como el que podría existir para los miembros de una organización o asociación.²² Aun señalando que la visibilidad de un grupo puede reforzar la existencia de un grupo social, ACNUR ha subrayado que no es una *condición previa* para el reconocimiento. Aun cuando pueda parecer que las mujeres *per se* son siempre “visibles” en y para la sociedad, los subconjuntos de mujeres pueden ser menos visibles (por ejemplo, las mujeres lesbianas).

Pasemos a la cuestión de la “particularidad”. Se trata del requisito introducido en algunas jurisdicciones de que el grupo propuesto pueda ser «descrito [...] exactamente de manera lo bastante diferenciada para que el grupo sea reconocido, en la sociedad en cuestión, como una clase diferenciada de personas».²³ La cuestión de la demografía, además del tamaño (y los cauces), ha estado en el fondo de varias solicitudes de grupos sociales, en varias jurisdicciones. En el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, en el caso *Sanchez-Trujillo*, en 1986, se sostuvo: «Las palabras reglamentarias “particular” y “social” que modifican “grupo” [...] indican que el término no abarca todos los segmentos ampliamente definidos de una población, ni aun en el caso de que una determinada división demográfica tenga alguna relevancia estadística»,²⁴ y a su vez que el grupo es «pequeño, fácilmente identificable».²⁵ Aunque el segundo aspecto del tamaño ha sido objeto de críticas generalizadas por los juristas,²⁶ rechazado abiertamente por los tribunales de última instancia de Australia²⁷ y Reino Unido²⁸ y por ACNUR,²⁹ la cuestión de los “grupos demográficos”

²¹ Como ejemplo, véase Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Rivera-Barrientos v. Holder, United States Attorney General: Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of Petitioner*, 18 de agosto de 2010, No. 10-9527, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6cdb512.html>.

²² *Ibidem*.

²³ *Matter of S-E-G-, et al.*, 24 I&N Dec. 579 at 584 (BIA 2008), Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración de Estados Unidos, 30 de julio de 2008, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4891da5b2.html>, citado en M. Foster, *op. cit.*, 2012, p. 31.

²⁴ *Sanchez-Trujillo, et al., v. Immigration and Naturalization Service*, 801 F.2d 1571 en 1576, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, 15 de octubre de 1986, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a3a3af50.html>.

²⁵ *Ibidem*, 1576.

²⁶ Véase Aleinikoff, *op. cit.*, 2003.

²⁷ *Applicant A* (aunque acepta que no todos los grupos demográficos ampliamente definidos constituyen un determinado grupo social).

²⁸ *Shah and Islam*.

²⁹ ACNUR sostiene que el tamaño del grupo perseguido es irrelevante ya que los otros cuatro motivos no están sujetos a un criterio de tamaño: véase ACNUR, *Directrices sobre grupos sociales*, párrs. 18-19.

persiste todavía. Por ejemplo, J. Gummow en *Applicant A*, destacado caso de pertenencia a un determinado grupo social de Australia, admitió que los factores demográficos por sí solos no definen un determinado grupo social. Pero esto simplemente plantea la cuestión: ¿cuándo un factor de identidad como el sexo/género es un atributo meramente demográfico en vez de social?

En el posterior caso australiano de *Applicant S* (un caso relativo a «jóvenes varones afganos sanos» reclutados por la fuerza por los talibanes), J. McHugh afirmaba que, aunque en la mayoría de las sociedades los «jóvenes sanos» no constituirían un determinado grupo social con mayor motivo que los «buenos nadadores» o los «atletas en forma», que a su juicio eran «construcciones intelectuales, no grupos sociales», afirmaba a continuación que «es posible que en Afganistán el reclutamiento forzoso de “jóvenes sanos” haya creado la percepción de que constituyen un “determinado grupo social”». ³⁰ También subrayaba que «diferentes normas jurídicas, sociales, culturales y religiosas en diferentes países pueden dar lugar a diferentes resultados en relación con grupos o clases similares». ³¹ El enfoque de J. McHugh se resumía en la opinión coincidente conjunta de C. J. Gleeson, Gummow y J. J. Kirby, según la cual «[e]l principio general no es que el grupo debe ser reconocido o percibido dentro de la sociedad, sino que el grupo debe distinguirse del resto de la sociedad». ³² Una de las maneras en que esto puede ocurrir, aunque no la única, es que los miembros de la sociedad perciban al grupo como tal.

Podemos apreciar aquí ecos de la anterior decisión australiana en *Khawar* y de la decisión de Reino Unido en *Shah and Islam*, sentencias en las que las «mujeres paquistaníes» fueron un grupo social aceptado; en el segundo caso se señalaba que «[el] motivo por el que las demandantes temen la persecución no es únicamente porque son mujeres. Es porque son mujeres en una sociedad que discrimina a las mujeres». ³³ Su contexto social –además de la discriminación– enmarcó su grupo social.

Discreción

La segunda “nueva frontera” que afecta a las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el género es la de la “discreción”, es decir, ¿protege la Convención de 1951 a las personas que podrían evitar la persecución siendo discretas u ocultando sus caracterís-

³⁰ *Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2004] HCA 25, Tribunal Superior de Australia, 27 de mayo de 2004, párr. 72, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110e81d4.html>.

³¹ *Ibidem*, párr. 76.

³² *Ibidem*, párr. 27 (C. J. Gleeson, Gummow y J. J. Kirby, opinión coincidente).

³³ *Shah and Islam*, 658 (Lord Hope).

ticas fundamentales? Dicho de otro modo, ¿cabe esperar que se pueda exigir legítimamente a alguien que “viva discretamente” en su país de origen para evitar la persecución? Esta cuestión se ha planteado especialmente en casos de orientación sexual/identidad de género, pero también está presente en casos basados en la opinión política.³⁴ Si cobra impulso en cualquiera de estos casos, también cabe imaginar que podría aplicarse a las peticiones de las mujeres fuera del escenario de la orientación sexual, por ejemplo a los casos basados en la transgresión de normas sociales. ¿Se puede esperar que una mujer oculte sus ideas o actitudes feministas –como la oposición a la mutilación genital femenina o el matrimonio forzado, o simplemente su derecho a pintarse los labios o vestirse a la manera occidental– para evitar la persecución?³⁵

La cuestión fue considerada en la sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido en *HJ (Iran) and HT (Cameroon)*,³⁶ que en los dos casos afectaba a hombres homosexuales que temían la persecución en Irán y Camerún, respectivamente. Al aceptar que los hombres (y las mujeres) homosexuales pueden ser considerados un determinado grupo social,³⁷ Lord Rodger aclaró que era «inaceptable» basarse en la capacidad de un individuo para «actuar discretamente y ocultar su identidad sexual indefinidamente para evitar sufrir persecución», porque «implica que el solicitante niega u oculta precisamente la característica innata que constituye la base de su afirmación de persecución».³⁸ De este modo rechazaba una larga sucesión de casos en los tribunales inferiores que se habían basado en el argumento de la discreción para desestimar casos. Sin embargo, a continuación trazaba una diferencia entre el individuo que «vive discretamente» debido a «presiones sociales» no constitutivas de persecución, y la situación en la que «una razón material» es que «tendría que comportarse discretamente para evitar la persecución por ser gay».³⁹ Y afirma que solo el segundo sería un refugiado. Es decir, añadió una prueba de “por qué”.

Esta parte de la sentencia en *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* ha sido criticada por entenderse que no erradica por completo la prueba de la discreción, porque trata de manera distinta a quienes viven abiertamente y a quienes no pueden hacerlo, y que esta distinción

³⁴ *RT (Zimbabwe) and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 38, Tribunal Supremo de Reino Unido, 25 de julio de 2012, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/500fdacb2.html>.

³⁵ Sobre casos basados en la transgresión de usos y costumbres sociales, véase A. Edwards, «Age and Gender Dimensions in International Refugee Law», en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 46.

³⁶ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, Tribunal Supremo de Reino Unido, 7 de julio de 2010, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c3456752.html>; Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department - Case for the first intervenor (the United Nations High Commissioner for Refugees)*, 19 de abril de 2010, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html>.

³⁷ *HJ (Iran) and HT (Cameroon)*, párr. 10 (Lord Hope).

³⁸ *HJ (Iran) and HT (Cameroon)*, párrs. 75-76 (Lord Rodger).

³⁹ *Ibidem*, párrs. 61-62.

carece de base en la Convención.⁴⁰ A la inversa, ha sido criticada por considerarse que concede la condición de refugiado a personas que no han sufrido ninguna forma perceptible de daño (para aquellas que no tienen ninguna intención de vivir abiertamente) y que esto sentaría un peligroso precedente para las solicitudes de la condición de refugiado; pero también por no distinguir entre daño exógeno y endógeno.⁴¹ La cuestión de si esta prueba debería aplicarse a la opinión política (y también a otros casos) ha sido dirimida también, por ejemplo, por el Tribunal Supremo de Reino Unido.⁴²

En opinión de ACNUR, la prueba correcta no se centra en lo que el solicitante decide hacer y por qué, sino en la cuestión de a qué dificultades se enfrentaría el solicitante al regresar. Los párrafos 31 y 32 de las Directrices de ACNUR sobre orientación sexual e identidad de género establecen:

Que un solicitante pueda evitar la persecución por ocultar o por ser “discreto” sobre su orientación sexual o identidad de género, o que lo haya hecho anteriormente no es una razón válida para negar la condición de refugiado. [...] [A] una persona no se le puede negar la condición de refugiado en base a un requisito que cambie u oculte su identidad, opiniones o características con el fin de evitar la persecución.⁴³

Con este principio general en mente, la pregunta, por lo tanto, es a qué situación se enfrentaría la persona solicitante en caso de que fuera devuelta a su país de origen. Esto requiere un examen basado en hechos específicos de lo que podría suceder si la persona solicitante retornara al país de nacionalidad o residencia habitual y si esto equivale a persecución. *La pregunta no es ¿puede la persona solicitante, si es discreta, vivir en ese país sin atraer consecuencias adversas?* Es importante tener en cuenta que incluso si las personas solicitantes hubiesen podido hasta ahora lograr evitar el daño a través de la ocultación, sus circunstancias pueden cambiar con el tiempo y puede que el secreto no sea una opción para el resto de su vida. El riesgo de ser descubiertas puede no necesariamente limitarse a su propia conducta.⁴⁴

⁴⁰ La prueba del “por qué” ha sido ya criticada; véase: Janna Weßels, *JH (Iran) and another – Reflections on a New Test for Sexuality-Based Asylum Claims in Britain*, ponencia presentada en la conferencia «Huir de la homofobia», Universidad Libre, Ámsterdam, 5-6 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/Wessels_tcm22-230739.pdf.

⁴¹ James C. Hathaway y Jason Pobjoy, «Queer cases make bad law», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 44, nº 2, 2012, p. 315, disponible en: http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_072114.pdf

⁴² Véase *RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 38, Tribunal Supremo de Reino Unido, 25 de julio de 2012, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/500fdacb2.html>.

⁴³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre protección internacional N° 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, 23 de octubre de 2012, HCR/GIP/12/01, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/50348afc2.html>, párr. 31.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 32.

En nuestras directrices, no propugnamos las cuestiones “sí y por qué” que formaban parte de la *ratio* en *HJ (Iran)*, pues creemos que estas son engañosas y llevan a los responsables de tomar decisiones al terreno teórico. ¿Conoce siquiera la persona solicitante de asilo de forma definitiva cómo actuaría en el futuro o qué actos darían lugar a un trato persecutorio? Y, desde luego, si existe un riesgo en ser abiertamente homosexual, estaría influida en parte por su deseo de evitar un trato perjudicial que se le pueda infligir. ¿Importa siquiera que sus acciones puedan verse influidas por presiones sociales o familiares, si existe el riesgo de persecución? Por supuesto, vivir como homosexual en una sociedad donde la única consecuencia sea adecuarse a la presión social o familiar no sería suficiente para cumplir los requisitos para la condición de refugiado, pero se trata más de una cuestión de persecución que de evitación.

Nadie debe verse obligado a ocultar, cambiar o renunciar a sus atributos u opiniones para evitar la persecución

Observamos a este respecto que el riesgo de persecución en tales casos casi nunca queda a su propia suerte, porque sus circunstancias pueden cambiar con el tiempo, o por el hecho de que el riesgo de ser descubierta pueda atribuirse a otros, por accidente, rumores o crecientes sospechas. Estas personas pueden correr el riesgo también de ser descubiertas por no seguir normas sociales esperadas, como casarse o tener hijos. En esencia, no se puede exigir a un solicitante homosexual que ejerza más restricción que un heterosexual a la hora de expresar su orientación sexual, aun en el caso de que esto le permita eludir el riesgo de persecución.⁴⁵

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de noviembre de 2013 en el caso de *X, Y and Z* confirmó el enfoque de ACNUR:

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.⁴⁶

⁴⁵ ACNUR, Directrices No. 9, párr. 32.

⁴⁶ *X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 - C-201/12, Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 7 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/527b94b14.html>, párr. 76. Para más información sobre la sentencia en *X, Y, Z*, véase A. Edwards, «*X, Y and Z: The “A, B, C” of Claims based on Sexual Orientation and/or Gender Identity?*», presentado en la mesa redonda de expertos de la Comisión Internacional de Juristas sobre solicitudes de asilo basadas en la orientación sexual o la identidad o expresión de género, Bruselas, 27 de junio de 2014, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/53bb99984.html>.

No se sabe con certeza cómo la cuestión de la discreción se introdujo (de nuevo) en las solicitudes para conseguir la condición de refugiado, pero puede menoscabar uno de los principios básicos del derecho de los refugiados: el que afirma que la Convención protege a las personas que poseen un temor fundado de ser perseguidas por causa de sus atributos u opiniones; y que, por tanto, nadie debe verse obligado a ocultar, cambiar o renunciar a ellos para evitar la persecución.⁴⁷ El enfoque preferido parece ser uno que exija un examen del contexto concreto de la situación apurada a la que la persona se enfrentaría al regresar, y si el riesgo de que ese daño se produzca alcanza el umbral de la debida justificación.⁴⁸

Discriminación

La tercera nueva frontera es la cuestión de si la discriminación tiene que definir el grupo social. Se reconoce ampliamente —en palabras de C. J. Brennan, del Tribunal Superior de Australia, en *Applicant A*— que la Convención de 1951 «no [se ocupa] simplemente [de] la protección de quienes sufren una negación del disfrute de sus derechos y libertades fundamentales; deben sufrir esa negación por tipos prescritos de persecución, es decir, persecución ‘por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas’». ⁴⁹ En otras palabras:

[L]a persecución que se teme debe ser discriminatoria [en el sentido de ser impuesta con fines discriminatorios]. Las víctimas son personas seleccionadas por referencia a un criterio consistente en, o por criterios que incluyan, una de las categorías de discriminación prescritas («raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas») que se mencionan en el artículo 1(A)(2). La persecución debe ser «por motivos de» una de esas categorías. Esta clasificación excluye la persecución indiscriminada que sea producto de crueldad inhumana o de antipatía no razonable del perseguidor hacia la víctima o las víctimas de la persecución. Esa clase de persecución es una negación general, no discriminatoria, de derechos y libertades fundamentales. La clasificación también excluye la persecución que no es más que un castigo de carácter no discriminatorio por la contravención de una ley penal de aplicación general. Tales leyes no son discriminatorias, y el castigo que no es discriminatorio no puede marcar al infractor con el sello de “refugiado”. Pero las categorías de discriminación mencionadas en la definición se enuncian de manera muy amplia, especialmente la categoría de «pertenencia a determinado grupo social». ⁵⁰

⁴⁷ Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Directrices sobre protección internacional No. 6: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 28 de abril de 2004, HCR/GIP/04/06, párr. 13, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4090f9794.html>.

⁴⁸ Es, por tanto una cuestión probatoria que implica la probabilidad de riesgo (posibilidad razonable) de persecución.

⁴⁹ *Applicant A*, C. J. Brennan.

⁵⁰ *Ibidem*.

Lord Hoffman, por ejemplo, afirmó en la fundamental sentencia de Reino Unido en *Shah and Islam*:

En mi opinión, el concepto de discriminación en asuntos que afectan a derechos y libertades fundamentales es fundamental para la comprensión de la Convención. No tiene que ver con todos los casos de persecución, aun cuando impliquen negaciones de derechos humanos, sino con la persecución basada en la discriminación. [...] Al decidir usar el término general «determinado grupo social» en vez de una enumeración de grupos sociales específicos, los artífices de la Convención pretendían en mi opinión incluir a cualquier grupo que pudiera considerarse inscrito en los objetivos antidiscriminatorios de la Convención.⁵¹

Pero la valoración de Lord Hoffman no ha contado con un seguimiento amplio, y el enfoque preferido ha consistido en limitar el número de grupos sociales cuya protección está permitida en virtud de la Convención de 1951. Lord Hoffman proseguía:

La discriminación de las mujeres en materia de derechos fundamentales por el hecho de ser mujeres está claramente *in pari materia* con la discriminación por motivos de raza.⁵²

C. J. Gleeson, también del Tribunal Supremo de Australia, señaló asimismo en *Khawar*:

Las mujeres en cualquier sociedad son un grupo diferenciado y reconocible; y sus atributos y características distintivos existen con independencia de la manera en que se traten, ya sea por los varones o por los gobiernos.⁵³

Podría preguntarse, pues, cuál es el problema. Pues bien, estas citas plantean la cuestión de por qué los defensores se afanan en proponer diversos subgrupos de mujeres, muchos de los cuales son francamente “construcciones artificiales” más que grupos reales, en vez de basarse en las “mujeres” en general. Si es posible establecer que una mujer ha sido perseguida por ser mujer, o por motivos de género, parece menos relevante si pertenece a un grupo de mujeres amplio o exiguo. En la importante resolución de Estados Unidos en *In Re Fauziya Kasinga*, por ejemplo, el grupo aceptado fue el de las «mujeres jóvenes de la tribu tchamba-kunsuntu que no han sufrido mutilación genital femenina, tal como la practica esa tribu, y que se oponen a la práctica».⁵⁴ Aun en el caso de que se hubiera aceptado el grupo como “mujeres”, solo aquellas mujeres que afirmasen estar en peligro de sufrir

⁵¹ *Shah and Islam*, p. 15 (Lord Hoffman).

⁵² *Ibidem*, p. 16 (Lord Hoffman).

⁵³ *Khawar*, párr. 35 (C. J. Gleeson).

⁵⁴ *In re Fauziya Kasinga*, 3278, Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración de Estados Unidos, 13 de junio de 1996, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bb00782.html>.

esta práctica habrían reunido los requisitos para la concesión de la condición de refugiado, y esto podría haber limitado el grupo protegido a las mujeres de la tribu tchamba-kusuntu. Sin embargo, la auténtica base de la persecución era su género/sexo como “mujeres”. Además, podrían haber planteado el motivo de la “nacionalidad” (como etnia) porque eran las mujeres de su tribu en particular las que corrían el riesgo.

La manera en que se formulan los subconjuntos de mujeres también plantea la cuestión de si las “mujeres” son un grupo demográfico o social. Naturalmente, el “sexo” es un indicador demográfico —junto con la edad, la raza, el estado civil, la ocupación, etc.—, pero también es un grupo social diferenciado de la sociedad y, en algunas sociedades, diferenciado a los efectos de la acción persecutoria.

La mayoría de las mujeres que solicitan condición de refugiada esgrimen pertenencia a grupo social y no argumentos de opinión política o religiosa

El caso de *Applicant S*, al que ya nos hemos referido, que aceptó «jóvenes sanos en Afganistán» como grupo social, tiene en mi opinión —al menos en los tribunales australianos— la posibilidad de elevar los límites del “grupo social”. Es discutible si la “discriminación” fuera incluso un rasgo de este grupo social. La verdadera cuestión en ese caso era de persecución y protección, como lo indica la frase matizadora de J. McHugh en relación con las «diferentes normas jurídicas, sociales, culturales y religiosas» en las diferentes sociedades. Sin embargo, el caso se aparta del tratamiento general de las peticiones de las mujeres, en la medida en que estas han tenido que establecer una base discriminatoria para su condición. También plantea cuestiones relativas al tratamiento discriminatorio de las peticiones de las mujeres, en la medida en que las mujeres siguen necesitando establecer un contexto discriminatorio. *Perdomo v. Holder* también brindó una oportunidad (perdida) de establecer que las mujeres en situación de riesgo de persecución por motivos de género (aquí, mujeres guatemaltecas en alto riesgo de asesinato) se inscribieran en la definición de refugiado de la Convención de 1951. Las «mujeres guatemaltecas» eran de hecho el grupo social. Si tenían un temor fundado de ser perseguidas para acogerse a la definición de la Convención sería una cuestión de riesgo.

Conclusión

Sigue habiendo muchas ambigüedades en la interpretación del motivo de «pertenencia a determinado grupo social» de la Convención, tanto dentro de cada jurisdicción como de unas jurisdicciones a otras, y en su relación con las solicitudes basadas en el género, así

como con la orientación sexual/identidad de género. Es justo preguntar si el desarrollo del motivo de pertenencia a determinado grupo social ha sido una ayuda o un estorbo para el reconocimiento de las solicitudes de las mujeres.

¿Y qué nos espera a partir de ahora?

La primera estrategia para evitar este tipo de debates en el futuro sería mediante reformas legislativas. Ha llegado la hora de que el “sexo” o el “género” se añadan a las leyes nacionales sobre asilo como motivo para conceder la condición de refugiado. Cuando un país incorpora el “sexo” y/o el “género” a su legislación nacional, se reduce al mínimo la necesidad de basarse en la pertenencia a un determinado grupo social y todas las complejidades que esto entraña.

La segunda es pasar al uso de otros motivos incluidos en la definición de la Convención de 1951 cuando sean de aplicación. Con excesiva frecuencia las solicitudes de mujeres se formulan singularmente en virtud del motivo de pertenencia a un determinado grupo social, cuando podría haberse esgrimido un argumento perfectamente respetable de opinión política o religión.⁵⁵ Como pregunté en 2003, y de nuevo en 2010,

¿[P]or qué es tan difícil reconocer como políticos los actos de una mujer al transgredir costumbres sociales? ¿Por qué ciertos actos (por ejemplo, los actos que contravienen códigos indumentarios religiosos) se consideran no religiosos en una sociedad donde no existe separación entre el Estado y las instituciones religiosas? ¿Por qué las niñas que se niegan a someterse a la mutilación genital femenina no son disidentes políticos, si infringen una de las costumbres fundamentales de su sociedad? ¿Por qué la violación en el marco de conflictos armados de motivación étnica no se ha considerado exclusivamente como un acto de carácter criminal y no también racial?⁵⁶

La respuesta es, en parte, que los defensores no utilizan los otros motivos incluidos en la Convención, o que consiguen una atención limitada de quienes toman las decisiones. Varias razones pueden explicar este enfoque limitado, entre ellas los estereotipos de género sobre la posición y la condición de las mujeres en la sociedad y la formulación de supuestos sobre las reivindicaciones de las mujeres, que también se filtran después a las peticiones de la condición de refugiado de las mujeres.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant); Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, Reino Unido, Cámara de los Lores (Comité Judicial), 18 de octubre de 2006, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4550a9502.html>.

⁵⁶ A. Edwards, «Age and Gender Dimensions in International Refugee Law», en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 46ss, en p. 68 (notas al pie omitidas). También reafirmado en A. Edwards, «Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy 1950-2010», *Refugee Survey Quarterly*, n° 29, 2010, pp. 21ss, en p. 30 (este artículo señala también otras áreas susceptibles de mejora para las solicitudes de mujeres, incluida la alternativa de huida/ y/o reubicación interna).